

Consentimiento informado: casos relevantes en materia constitucional

Solórzano-Quintero, Juan; Vargas-Chaves, Iván; Alzate-Mora, Daniel

Veröffentlichungsversion / Published Version
Monographie / monograph

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Solórzano-Quintero, J., Vargas-Chaves, I., & Alzate-Mora, D. (2019). *Consentimiento informado: casos relevantes en materia constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-67109-4>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Basic Digital Peer Publishing-Lizenz zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den DiPP-Lizenzen finden Sie hier:
<http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/service/dppl/>

Terms of use:

This document is made available under a Basic Digital Peer Publishing Licence. For more Information see:
<http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/service/dppl/>

Juan Felipe Solórzano - Iván Vargas-Chaves
Daniel Alzate Mora

CONSENTIMIENTO INFORMADO CASOS RELEVANTES EN MATERIA CONSTITUCIONAL



Juan Felipe Solórzano
Iván Vargas-Chaves
Daniel Alzate Mora

CONSENTIMIENTO INFORMADO

CASOS RELEVANTES EN
MATERIA CONSTITUCIONAL



**CONSENTIMIENTO INFORMADO: CASOS
RELEVANTES EN MATERIA CONSTITUCIONAL**

JUAN FELIPE SOLÓRZANO QUINTERO

Abogado de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca.

IVÁN VARGAS-CHAVES

Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Università degli Studi di Genova. Máster en Derecho Privado y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Università degli Studi di Palermo.

DANIEL ALZATE MORA

Abogado de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho Comparado e Historia del Derecho de la Università degli Studi di Messina, Università degli Studi di Milano y Universidad de Córdoba, España. Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario.

JUAN FELIPE SOLÓRZANO QUINTERO
IVÁN VARGAS-CHAVES
DANIEL ALZATE MORA

**CONSENTIMIENTO INFORMADO: CASOS
RELEVANTES EN MATERIA CONSTITUCIONAL**



Solórzano, Juan Felipe

Consentimiento informado: casos relevantes en materia constitucional / Juan Felipe Solórzano, Iván Vargas-Chaves, Daniel Alzate Mora. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019

112 páginas; 23 cm.

ISBN 978-958-791-074-2

1. Consentimiento legal (Medicina) - Legislación - Colombia
2. Responsabilidad civil - Colombia 3. Responsabilidad médica - Colombia 4. Derecho a la vida 5. Eutanasia I. Vargas-Chaves, Iván, autor II. Alzate Mora, Daniel, autor III. Tít.

346.02 cd 21 ed.

A1632711

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© JUAN FELIPE SOLÓRZANO QUINTERO

© IVÁN VARGAS-CHAVES

© DANIEL ALZATE MORA

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ

IMPRENTA: Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Tels: 2300731 - 2386035

LIBRERÍA: Calle 12 B No. 7-12. L. 1

Tels: 2847524 - 2835194

Bogotá, D.C. - Colombia

www.grupoeditorialibanez.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-791-074-2

Diagramación electrónica: Leidy Vanessa Peña

Diseño de portada: David Cortés Arias

PRÓLOGO

Los colegas Juan Felipe SOLÓRZANO QUINTERO, Iván VARGAS CHÁVEZ y Daniel ALZATE MORA, me han honrado permitiéndome hacer la presentación del trabajo de investigación denominado “*Consentimiento informado: casos relevantes en materia constitucional*”, un texto que, según ellos, desarrolla el tema del consentimiento informado, pero que realmente va mucho más allá, pues se adentra en dos mundos complejos: el de los derechos humanos que no figuran en la Constitución ni en los tratados públicos, y el de la representación política, que es incapaz de encarar el inquietante conjunto de derechos implicados en la relación médica.

En la introducción del texto, escrita por los autores, se lee que su objetivo fue el de analizar en detalle los cambios introducidos por la Constitución de 1991 en la relación entre el médico y el paciente, identificando las facetas que tiene lugar en el proceso de otorgamiento del consentimiento informado en el acto médico. Consideran ellos, que el consentimiento informado es la parte más importante del acto médico, porque materializa la protección de la persona en garantía de su dignidad, proscribiendo toda acción que pueda afectar los derechos del paciente. Igualmente señalan, que la investigación pretende contribuir al desarrollo del marco constitucional y de los derechos fundamentales, de modo que se logre mejorar la relación social entre el médico y el paciente, aportando a la construcción conceptual de los derechos involucrados en esa relación.

Si bien el tema enunciado es el del consentimiento informado, asumido como un derecho constitucional, me parece que la investigación y el libro resultado de aquella, son mucho más que eso. Para sorpresa mía, me he encontrado con un texto que aborda son solvencia, algunos de los temas más candentes de los derechos humanos y del constitucionalismo actual, que excede en mucho el título de la obra.

Dijeron los autores, que el primer capítulo del libro fue destinado a establecer el concepto del consentimiento informado. Eso es parcialmente cierto, pues allí se plantea algo mucho más importante,

como lo es la existencia del derecho fundamental al consentimiento informado, en convergencia con otra panoplia de derechos fundamentales recientes. Dentro de esta perspectiva, el texto, además de la indagación conceptual, lo que realmente trae es un trabajo alrededor de derechos fundamentales que no se encuentran en los listados tradicionales contenidos en la Constitución o en los tratados públicos. Y es que con el consentimiento informado acontece algo análogo a lo que sucede con los derechos a la verdad, a la justicia, a la interrupción voluntaria del embarazo, a la muerte digna o a la objeción de conciencia, en el sentido que ninguno de esos derechos se encuentra reconocido directamente dentro de la Constitución o los tratados públicos sobre derechos humanos, que en general fueron suscritos y ratificados por Colombia en el siglo pasado. En este sentido, el capítulo introduce el tema grueso que va a recorrer toda la obra, como lo es, la existencia de derechos fundamentales distintos a los tradicionalmente aceptados, cuyo reconocimiento y protección resultan necesarios.

Otro tanto sucede con el capítulo segundo, presentado bajo la inofensiva fórmula del consentimiento informado indirecto, relacionado con el consentimiento sustituto y referido por los autores a otros tres escenarios problemáticos, como lo son el derecho a la identidad de género, el derecho a la autonomía de los enfermos mentales y el consentimiento informado en situaciones de urgencia médica o de objeción de conciencia religiosa. He aquí otros tres derechos que fue necesario construir. El derecho a la identidad, como derecho fundamental, no se encuentra en ninguno de los catálogos de derechos. Sin embargo, a partir de él, han sido construidos derechos tan importantes como el derecho a la identidad sexual y más recientemente, el derecho a la identidad de género, explicitado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que sirvió de insumo para la expedición de la Opinión Consultiva 024 de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la reciente sentencia del 12 de junio de 2019, proferida por la Corte Constitucional de Ecuador, que reconoció el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Si lo anterior sucedía alrededor del consentimiento informado indirecto, qué no decir sobre el tratamiento del consentimiento informado directo. Aquí nuevamente el asunto son derechos fundamentales recientes, especialmente los relacionados con la realización de cirugías estéticas. La disciplina tradicionalmente dominante aquí ha sido el derecho de daños y sus temas convergentes, como el régimen probatorio, la falla en el servicio médico, los títulos de imputación, el sistema de

reparaciones y otros de similar dimensión. Nuevamente el texto va más allá, y de modo muy contemporáneo, explicita el conjunto de situaciones, reglas y derechos que convergen alrededor de las cirugías estéticas, de las decisiones relacionadas con los procedimientos de esterilización en personas que padecen enfermedades mentales (un tema que la hipocresía nacional prefiere mantener oculto) y de las implicaciones jurídicas de la anestesia. Nuevos derechos, nuevas variables, novedosas facetas.

La investigación finaliza con la presentación del consentimiento informado alrededor de la eutanasia y de la eutanasia precoz. Nuevamente el consentimiento informado es el abre bocas de un asunto más dramático, del derecho a morir dignamente. En Colombia este derecho tiene una historia triste, pero alentadora. Fue inicialmente reconocido por la famosa sentencia C-239 de 1997, que exhortó al Congreso de la República a expedir la legislación necesaria, que aún no existe. Sin embargo, las vías del control concreto de constitucionalidad, y, sobre todo, las necesidades de la gente, hicieron que por el camino de la acción de tutela, fueran expedidas las Sentencias T-970 de 2014 y T-544 de 2017, que forzaron la expedición de reglamentos administrativos sobre muerte digna, que trabajosamente permiten la realización de ese derecho.

En consideración de lo dicho le señalo al lector, que puede leer el texto de dos maneras. Como lo sugieren los autores, es decir, como un libro que trata sobre el consentimiento informado, que muestra sus facetas y explicita los elementos problemáticos de su existencia y aplicación. Sin embargo, yo sugeriría una segunda forma, que consiste en leerlo como un libro sobre los derechos fundamentales que los jueces han venido construyendo, que pone de presente la vacuidad de la representación política ejercida por el Congreso de la República, una institución mediocre y desprestigiada, cuyos miembros se eligen cada cuatro años, al que poco le interesan los derechos de la gente, pues se encuentra muy ocupado expidiendo leyes que benefician únicamente a los grupos económicos, a las empresas mineras, a las compañías multinacionales o a su propios miembros.

Me siento muy contento por haber leído y poder presentar este texto. Le agradezco a Juan Felipe, a Iván y a Daniel que me hayan permitido escribir estas notas, e invito a la comunidad de los lectores a ocuparse de este libro, que en últimas, trata sobre los dolores, las angustias y las necesidades que tienen lugar alrededor de los pacientes, los médicos y los jueces.

MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ
Bogotá, junio de 2019

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	15
---------------------------	-----------

CAPÍTULO I

CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN

1. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD	25
2. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN	26
3. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	27
4. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA VIDA	28

CAPÍTULO II

CONSENTIMIENTO INFORMADO INDIRECTO

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES, EN TRATAMIENTOS INVASIVOS Y PROCEDIMIENTOS CONCERNIENTES AL TRATAMIENTO DE LA AMBIGÜEDAD GENITAL	29
---	----

1.1.	EL DESPLAZAMIENTO JURISPRUDENCIAL DESDE EL CONSENTIMIENTO INDIRECTO AL DIRECTO: LA CENTRALIDAD DEL PACIENTE Y SU AUTONOMÍA	34
2.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CASO DE LOS ENFERMOS MENTALES	39
3.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASOS DE URGENCIAS Y OBJECCIÓN AL TRATAMIENTO POR CREENCIAS RELIGIOSAS	49

CAPÍTULO III

CONSENTIMIENTO INFORMADO DIRECTO

1.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CASO DE CIRUGÍAS ESTÉTICAS	57
2.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ESTERILIZACIÓN	63
3.	EL CONSENTIMIENTO EN PROCEDIMIENTO DE ANESTESIA	69

CAPÍTULO IV

EUTANASIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

1.	EL DERECHO A LA VIDA Y SU COLISIÓN CON OTROS DERECHOS	73
2.	EL DERECHO A LA VIDA Y SU COLISIÓN CON EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE	76
3.	EUTANASIA: IMPLICACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE	80

CAPÍTULO V

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO PARTE DE LA EUTANASIA RESPECTO AL MÉDICO, EL PACIENTE Y EN CASOS DE EUTANASIA PRECOZ

1.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO RESPECTO A LA POSICIÓN DE GARANTE DEL MÉDICO	88
2.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO RESPECTO AL PACIENTE COMO SUJETO DE DERECHO	93
3.	EL PROTOCOLO DE GRONINGEN Y LA AUSENCIA DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASOS DE EUTANASIA PRECOZ	97
REFERENCIAS		101

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia marca un hito en las relaciones sociales y jurídicas de nuestro país, al poner fin a la centenaria Constitución Nacional de 1886 e introducir cambios de fondo, no solo en la organización del Estado y el ordenamiento jurídico, sino porque abrió espacios necesarios para edificar una sociedad más igualitaria y respetuosa de los derechos de todos.

A partir de 1991, se preceptúa que Colombia es un Estado social y democrático de Derecho, reconociendo un amplio catálogo de derechos fundamentales. Además, la Constitución establece un conjunto de instituciones encargadas de garantizar y proteger el marco constitucional, al tiempo que brinda herramientas para que las personas puedan buscar la protección judicial de sus garantías constitucionales.

Sin embargo, estas transformaciones tendrán lugar cuando la Carta Política deje de ser un texto más, que compone el ordenamiento jurídico, y logre transformar todas las relaciones sociales, permitiendo que las condiciones de igualdad y dignidad humana sean una realidad que trascienda la Constitución escrita.

El trabajo que se presenta al lector tiene por objetivo analizar en detalle los cambios que el nuevo marco constitucional introduce a la relación social que se traza entre un médico y su paciente. En este sentido, exponemos en detalle los resultados de la investigación que hace referencia a las facetas que tienen lugar en el proceso del otorgamiento del consentimiento informado en el acto médico.

La relación social médico-paciente, bajo el marco de la Constitución Política de 1991 se ha ido transformando, no solo por la mayor difusión del conocimiento técnico médico por redes como internet, donde los pacientes se involucran a profundidad con sus tratamientos, sino también por el proceso de atención del personal médico frente al paciente, complejo y no ajeno a contradicciones, y la incesante labor de los jueces constitucionales en el esfuerzo de generar espacios de respeto a la dignidad humana.

Es por lo anterior que consideramos de vital importancia que las partes involucradas en esta relación social tengan conocimiento de sus derechos y deberes, con el fin de brindar una atención que contribuya en su transformación, para que deje de ser un acto de autoridad y dominación, y permita un trato digno e igualitario, que favorezca los procesos de sanación. En esta medida, hemos procurado que este libro no esté destinado únicamente a los operadores jurídicos que busquen conocer la regulación del consentimiento informado.

Con lo hecho, pretendemos ir más allá, para ofrecer no solo una obra científica pertinente a los fines del ordenamiento jurídico, sino un estudio que brinde además conocimiento sobre la materia a todas aquellas personas interesadas en estos asuntos; pues, consideramos que la investigación aquí contenida puede ser de interés tanto de médicos como de pacientes.

De los galenos, porque les permitirá conocer los razonamientos jurídicos para contribuir al proceso de humanización del acto médico, que sea respetuoso y garante de la dignidad humana y los derechos fundamentales de ambas partes.

De los pacientes, para conocer cuáles son sus derechos, pero también sus obligaciones en relación con los galenos y se reconozcan como titulares de derechos, que pueden acudir a los mecanismos idóneos para su defensa.

Finalmente, ofrecemos a los jueces constitucionales una herramienta que les permita identificar de forma clara y precisa los precedentes jurisprudenciales definidos por las altas cortes en esta materia, que puede resultar de utilidad en su labor de administración de justicia o al momento de adecuar sus decisiones al precedente jurisprudencial.

La investigación parte de una premisa que irradia el contenido del libro en su totalidad. La persona es el fundamento del orden jurídico, como resultado se le dota de una serie de derechos, que le permiten llevar una vida digna. En este sentido, resulta evidente que al momento de acudir a un hospital o a la consulta con un médico, el profesional de la salud deberá tratar al paciente con el cuidado y las medidas que protejan en todo momento los derechos de la persona.

Desde el inicio del acto médico el galeno debe establecer medidas tendientes a la protección de esos derechos. En consecuencia, el consentimiento informado surge como un nuevo derecho de relevancia constitucional en el cual subyacen derechos y principios constitucionales, que en lo referente a la actividad médica sirven de barrera a la cosificación y el abuso por parte del profesional de la salud.

Este estudio resulta significativo para la ciencia del derecho, por cuanto se analizan casos que revisten particular interés constitucional, en el sentido de que dentro del acto médico el galeno deberá seguir unas pautas y unos lineamientos, pues de no hacerlo lesionaría derechos fundamentales.

Resultado de lo anterior, el consentimiento informado es la parte más importante del acto médico, pues en este se materializa de manera palpable la protección de la cual goza una persona y además de la garantía de su dignidad, entendida como ese respeto que se le debe al individuo por el hecho de ser tal. Como corolario de lo mencionado está proscrita cualquier acción que tienda al menoscabo del ejercicio de los derechos de los cuales es titular.

De esta manera y a fin de mostrar su importancia, en un *primer capítulo* intentamos establecer el concepto del consentimiento informado, como un nuevo derecho de alcance constitucional en el cual subyacen otra serie de derechos como el de la vida, la intimidad, la información y la libertad de expresión. Para considerar el consentimiento informado como derecho, nos basamos en la teoría de ALEXY (2008), en la cual se argumenta que una norma puede ser catalogada como derecho fundamental, si cumple con una justificación jurídico-empírica adecuada. Para el caso que nos asiste, creemos que el consentimiento informado, por su significación en el acto médico, suple con este requerimiento.

Además, de acuerdo con lo manifestado por FERRAJOLI (2005), existen normas que pretenden limitar el abuso de los más fuertes sobre los débiles. Estas normas pueden ser catalogadas como derechos fundamentales, pese a que no se encuentren tipificadas como tal. Nuevamente, el consentimiento es uno de esos derechos que permite prevenir el abuso o las extralimitaciones a las cuales los pacientes se pueden ver sometidos en la aplicación de una terapéutica.

Teniendo por sentado el lugar que tiene el consentimiento informado en el ordenamiento jurídico, decidimos, en el segundo capítulo, analizar ciertos casos del consentimiento informado indirecto, en los que la jurisprudencia constitucional se ha detenido por su dificultad y relevancia. Para ello, hicimos un examen jurisprudencial, desde 1991 hasta la fecha, del consentimiento informado. En primer término, en los procedimientos para el tratamiento de la ambigüedad genital en los niños, las niñas y los adolescentes.

En este aspecto la Corte, luego de un debate referente al consentimiento sustituto, sostiene que el encargado por antonomasia

de extender el consentimiento informado es el menor al momento de contar con plena capacidad física y mental para comprender la importancia de definir su sexualidad. Fue así como se suprimió el umbral crítico de los cinco años que se tenía antes de 2014, en el cual los padres podrían otorgar el consentimiento informado sustituto. Sin embargo, cabe decir que, si su situación reviste peligro para su vida, los padres del menor podrán conceder dicho consentimiento.

El segundo caso que la jurisprudencia constitucional colombiana ha tratado es el de los enfermos mentales, particularmente en tratamientos o intervenciones tendientes a la esterilización o la corrección de estados intersexuales. Al respecto, la Corte ha sostenido que, si se demuestra la capacidad de mejoría del paciente, será este, al momento de recobrar sus capacidades, quien deberá decidir sobre si se realiza o no el tratamiento. En los casos en que el enfermo mental no puede dar su consentimiento, lo hará el representante legal, previo proceso de interdicción, a través de autorización judicial.

Finalmente, en este aparte de la investigación, nos detenemos a analizar el consentimiento informado en los casos de urgencia y ante las objeciones religiosas. Su estudio resulta importante, pues demuestra que existen situaciones en las cuales la vida del paciente está en peligro, pero aquel se abstiene de acceder a la aplicación de una terapéutica por sus creencias religiosas o culturales. Así las cosas, hay que diferenciar dos situaciones: (i) cuando las personas son capaces de decidir, se les debe respetar su decisión; (ii) en los casos de los niños, las niñas y los adolescentes primará la protección que tiene el Estado sobre el derecho a la vida. En consecuencia, se realizarán todas las acciones tendientes a la preservación de sus derechos fundamentales por encima de las creencias de los padres o del mismo menor.

En el *tercer capítulo* revisamos, con ayuda de jurisprudencia foránea y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, algunos casos del otorgamiento de consentimiento informado directo, específicamente las cirugías estéticas, su obligación de resultado y por lo tanto, el deber calificado de información por parte del galeno. Posteriormente, se estudia el tema del consentimiento en las cirugías de esterilización y los procedimientos de anestesia. Con los ejemplos a los que se acude, queda demostrado que pese a que el consentimiento es otorgado de manera directa al galeno, esto no lo libera de la obligación de informar detalladamente las consecuencias del tratamiento o la terapéutica que desea aplicar.

Luego de haber analizado los casos en mención, consideramos que, en el *cuarto y quinto capítulo*, merece ser tratado el tema del consentimiento informado en los procedimientos de eutanasia, por su alcance y ser de suma actualidad para el ordenamiento jurídico colombiano. Ello, en el marco de la Resolución 825 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, las niñas y los adolescentes.

Para hacerlo, realizamos un estudio jurisprudencial que nos permite ver la trascendencia del consentimiento informado frente al derecho a la vida y la necesidad de gozar de este derecho con unos mínimos de dignidad. Especialmente, nos detenemos a analizar la jurisprudencia constitucional, apoyados de doctrina extranjera, para poder entender cómo abordar la tensión que surge con la persona que se encuentre en un estado de enfermedad terminal y sus familiares, lo cual genera preguntas importantes para la dogmática del derecho, a saber, el constitucional y el penal.

Por último, abordamos el caso del consentimiento informado en eventos de eutanasia precoz. Esta situación reviste una notabilidad particular, ya que los padres podrán decidir sobre la vida del menor o del *nasciturus* en enfermedades graves que revistan condiciones de sufrimiento y constante dolor. La circunstancia no ha sido tratada directamente por la jurisdicción nacional, pero, en un futuro el juez podrá decidir sobre estos casos, pues llevan inmersos los derechos de los menores y principios como la autonomía, que deben ser garantizados por el Estado.

Queremos que esta obra tenga una amplia difusión, en tanto tratamos asuntos que no generan interés exclusivo de los abogados, sino de la sociedad en general, pues en cualquier momento podemos ser pacientes. A su vez, el conocimiento técnico y científico que aquí ofrecemos puede ser de utilidad para los trabajadores de la salud, porque les permite conocer los cercos regulatorios y jurisprudenciales sobre los que deben orientar su práctica profesional.

Con este trabajo, pretendemos contribuir en el desarrollo del marco constitucional y los derechos fundamentales allí reconocidos, que permita mejorar las relaciones sociales médico-paciente y aportar a la construcción conceptual de los derechos involucrados.

CAPÍTULO I

CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN¹

La normativa colombiana no ofrece una definición expresa del consentimiento informado del acto médico. La referencia más cercana al concepto se encuentra en los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, *por la cual se dictan normas en materia de ética médica*, y el Decreto Nacional 3380 de 1981, que la reglamentó. En estas normas, se hace referencia a los “[...] efectos jurídicos en determinadas circunstancias, además de imponer como regla general que el médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios” (DUEÑAS, 2011). Igualmente, en ellas se regulan los casos en los que no se pedirá consentimiento informado y el no sometimiento a riesgos injustificados por parte del galeno a su paciente.

Respecto a la relación médico-paciente, la Ley 23 de 1981 establece su génesis en cuatro supuestos: “1. *Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes*; 2. *Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia*; 3. *Por solicitud de terceras personas*; 4. *Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública*”.

Del mismo modo, esta ley otorga la posibilidad de rehusarse a aplicar actos contrarios a la moral que interfieran con el correcto ejercicio de la profesión (Ley 23, 1981, art. 6), así como permite el retiro por parte del médico de la relación, siempre y cuando no se esté frente a un caso de urgencia (art. 7).

¹ Los capítulos primero, segundo y tercero tienen como base aparte la tesis de maestría de Derecho Administrativo presentada en la Universidad de Rosario por Juan Felipe SOLÓRZANO QUINTERO titulada “Elementos jurídicos para implementar una política de prevención del daño anti-jurídico: Consentimiento informado”. Con la ayuda y el conocimiento de los profesores Dr. Daniel ALZATE y Dr. Iván VARGAS este documento fue actualizado y mejorado.

El consentimiento se caracteriza por una declaración de voluntad dada por el paciente luego de haber recibido una adecuada y suficiente información, referida al diagnóstico o tratamiento que el profesional de la salud se propone aplicar, con el fin de que el paciente, en uso de sus capacidades, ejerza su derecho de libertad de elección y tome una decisión. Un apropiado consentimiento informado es la garantía de un correcto nacimiento de la relación médico-paciente, que, al darse en debida forma, podría reducir las demandas y los conflictos producto de esta relación social.

Para que la expresión de la voluntad sea válida jurídicamente debe ser: *(i)* otorgada y exteriorizada libre de vicios; *(ii)* por persona facultada para brindar el consentimiento informado; y *(iii)* donde exista una voluntad ilustrada. Es decir, el médico debe informar al paciente de manera previa, suficiente, veraz y oportuna sobre la condición de su salud, los posibles tratamientos y respectivos riesgos. Aunado a ello, esta debe ser dada por una persona autónoma y capaz, manifestándose en el momento oportuno (CASTAÑO, 2003).

Aunque el consentimiento informado tiene origen legal, los recientes pronunciamientos de jueces constitucionales han llamado la atención sobre la importancia e impacto que tiene sobre otros derechos fundamentales. En ciertas circunstancias, el consentimiento informado supere la calidad de simple derecho del orden legal, para constituirse en un derecho humano fundamental.

Por esta razón, es posible afirmar que el consentimiento informado es el derecho que tiene el paciente a expresar de manera inequívoca su voluntad. Esto para que se practique en su persona una intervención quirúrgica, se lleve a cabo una terapéutica, se adelante un procedimiento, se aplique o prescriba un medicamento, entre otros, luego de recibir una información para él comprensible, clara, adecuada, suficiente, veraz, integral y oportuna por parte del médico. Dicha información versará sobre su estado de salud –condición física y psíquica–, así como sobre las diferentes opciones de tratamiento, sus perspectivas favorables y desfavorables, los riesgos, efectos secundarios y adversos que puede experimentar. Lo anterior, con la finalidad de que la persona decida la mejor opción que considere y asuma sus consecuencias.

El derecho que tiene el paciente a expresar su consentimiento ha desplegado innegable conexidad e impacto sobre otros derechos de la persona, tales como la información, la libertad, la intimidad y la libertad de expresión.

ALEXY (2008) sostiene que existen normas fundamentales expresamente enunciadas en la Constitución, y otras que por su naturaleza, no se encuentran tipificadas como tal. No obstante, se estiman que tienen el carácter de un derecho fundamental, en tanto cumplen con los criterios empírico y normativo. En este sentido, se considerarán normas adscritas al derecho fundamental cuando se cumpla el mencionado requisito, y además la jurisprudencia y la ciencia del Derecho las consideren como fundamentales.

Es así como analizaremos la relación entre este nuevo derecho, al consentimiento informado, y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de 1991. Con base en este análisis, demostraremos la especial relevancia constitucional de este derecho. Por consiguiente, nos asiste sustento para afirmar que hay un interés constitucional en su protección, pese a no estar enunciado en nuestra Carta, pero consideramos que se trata de un derecho de rango fundamental.

A este respecto, FERRAJOLI planteó:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar [...]. Esta definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo (FERRAJOLI, 2006, pp. 19 y 20).

Con lo anterior, podemos asegurar que no es necesaria la tipificación de un derecho en el ordenamiento positivo, para que este adquiriera el estatus de constitucional. En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente, creadora de nuestra actual Constitución Política, discutió el tema de los derechos consagrados en la Carta, manifestando que aquellos fundamentales no necesariamente deben ser taxativos. El Ministro de Gobierno de entonces, Humberto DE LA CALLE LOMBANA, en sesión del 6 de marzo de 1991 ante la comisión primera expuso:

“[...] En nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros [...]. Lo que

el Gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos [...]”. Según esto el derecho de tutela solo podía ser aplicado frente a la violación de alguno de estos derechos considerados como de aplicación inmediata (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

En la misma dirección, en la sesión plenaria del 29 de junio de 1991, el constituyente Juan Carlos ESGUERRA afirmó:

[...] Hoy se reputan fundamentales algunos derechos que quizá mañana no lo sean, como mañana pueden llegar a tener ese carácter algunos que hoy no hemos imaginado, entonces yo sería partidario [...] de que en esta norma corremos el riesgo de equivocarnos como ocurre con toda enumeración taxativa a nivel constitucional, se dejará que lo haga la ley (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

En atención a lo anotado, es dable expresar que existen derechos con especial interés constitucional, así no se encuentren expresamente en la Constitución. Ahora, en criterio de la Corte Constitucional colombiana, para que un derecho tenga la característica de fundamental, el mismo debe ser acorde con los principios y fines del Estado (Preámbulo, Constitución Política de 1991).

Así, podemos ver cómo no es necesaria la tipificación de un derecho fundamental en la Constitución, para que este adquiera tal calidad; apreciar la probabilidad abierta por nuestros constituyentes hacia la creación de nuevos derechos que en ese momento no se tuvieron en cuenta.

Además, en la citada sentencia, la Corte Constitucional permitió el reconocimiento de derechos no consagrados en la Constitución. Al respecto sostuvo: *“Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales, sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección”* (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

De lo dicho, es fácil concluir que vía conexidad los derechos también pueden ser considerados como fundamentales y por ende protegidos como tal. Referente a las características que debe tener un derecho fundamental, FERRAJOLI (2009) argumentó que estos no son

inalienables por su titular, de igual forma que no son expropiables ni pueden ser limitados por otros sujetos.

Estas características se compadecen con la expresión del consentimiento informado, en la medida en que el médico no puede coaccionarla (no limitación); es un derecho propio del paciente, que puede decidir sobre su cuerpo (inalienabilidad y no expropiación). El autor italiano también propone la creación de derechos con la ley del más débil en contra del fuerte, situación en la cual se podría abusar, aprovechando el estatus de superioridad. Es decir, el derecho fundamental se constituye en límite al abuso del más fuerte (médico).

El consentimiento informado, al ser considerado como un derecho fundamental innominado, crea una auténtica barrera al abuso y a la cosificación que podría generarse en la práctica médica. De esta forma, nuestro planteamiento se aproxima a los derechos fundamentales del paciente y los deberes del profesional de la salud, en donde esta relación debe respetar los derechos de ambas partes, sin que ninguna pueda abusar de su posición.

En este orden de ideas, proponemos revisar la relación que guardan el derecho a expresar la voluntad del paciente, luego de haber recibido una adecuada información del galeno, a fin de que aquel dé su consentimiento informado, y los derechos que se listan, con el propósito de concluir la importancia que este reviste en el campo médico.

1. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en el artículo 15 de nuestra Carta Fundamental, en la cual se preceptúa:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas [...]. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Respecto a la relación que existe entre el consentimiento informado y el derecho a la intimidad, es necesario empezar por anotar que su núcleo esencial tiene fundamento en “[...] *la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural*” (Corte Constitucional, Sentencia T-787, 2004).

En otras palabras, nadie puede inmiscuirse en la órbita privada de las personas, ni siquiera el mismo Estado. En efecto, el derecho a la intimidad cobra especial importancia en la reserva que el profesional de la salud debe tener en cuenta al divulgar la información a terceros, sobre la situación del paciente. Asimismo, las instituciones médicas deberán asumir las mismas obligaciones respecto de la guarda de la historia clínica. Es así, como la Ley 23 de 1981 establece:

Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica [...]. *Artículo 4.* La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional [...]. *Artículo 34.* La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

Efectivamente, la intimidad y el consentimiento informado convergen en el deber de confidencialidad que debe existir en relación con el paciente.

2. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Resulta oportuno diferenciar entre el derecho a la información y el consentimiento informado. Si bien ambos están relacionados, no puede confundirse su ámbito de protección. En este sentido, la Constitución Política de 1991, establece en su artículo 20, a saber: “*Se garantiza a toda persona la libertad [...] de informar y recibir información veraz e imparcial*”. Sobre el derecho a la información es oportuno anotar

que hace referencia a la posibilidad que gozan las personas a informar y ser informadas, siendo este su núcleo esencial.

Como lo ha establecido la Corte, en Sentencia T-1202 de 2000, los derechos a la información y a la intimidad permiten el ejercicio del derecho al libre desarrollo de las personas, por lo que pueden expresar sus pensamientos y opiniones sin coacción alguna (Corte Constitucional, Sentencia T-787 de 2004).

Tomando en consideración que el derecho al consentimiento informado requiere de la información que suministra el facultativo a su paciente, para que pueda comprender a cabalidad todo lo relacionado con el procedimiento médico y sus respectivos riesgos, con el propósito de emitir una expresión de voluntad libre de vicios. En este punto confluyen el derecho a la información con el derecho al consentimiento informado (Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 1993).

3. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión tiene por objeto difundir un pensamiento. Este se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Carta: *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones [...]”*.

La Corte constitucional lo ha esbozado como:

La garantía fundamental por virtud de la cual se permiten divulgar los propios pensamientos, opiniones, ideas, conceptos y creencias de hechos o situaciones reales o imaginarias” encontrando su límite en el no perjuicio de los derechos a la honra y buen nombre de otras personas (Corte Constitucional, Sentencia T-787, 2004).

Entonces, podemos decir que el núcleo esencial de este derecho es la posibilidad de expresión de los pensamientos por parte de las personas, sin que se vulneren los derechos de los demás. En este sentido, en lo relacionado con el consentimiento informado, el paciente puede expresar su consentimiento sin limitación u obstáculo alguno, por cuanto es deber del médico propender por la correcta expresión de la voluntad del paciente.

4. EL DERECHO A EXPRESAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL PACIENTE Y EL DERECHO A LA VIDA

La Norma Fundamental de Colombia preceptúa: “*El derecho a la vida es inviolable*” (art. 11). Quiere decir que nadie puede infringir este derecho.

Respecto al núcleo esencial del derecho a la vida la Corte Constitucional ha sostenido:

En materia constitucional, la protección del derecho a la vida incluye en su núcleo conceptual la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta. Una perspectiva constitucional, en cambio, muestra bien cómo se vulnera el derecho fundamental a la vida por la realización de actos que ponen en peligro objetivo tal derecho, así el peligro no sea inminente (Corte Constitucional, Sentencia T-787, 2004).

Vemos una profunda relación entre el consentimiento informado y el derecho a la vida, en tanto que la información que se brinda al paciente le permite tomar una decisión que garantice su derecho sobre su salud y la vida. En principio, el paciente decide sobre su humanidad. Asimismo, como regla general, nadie puede disponer sobre la vida de otro, salvo casos de urgencia o la incapacidad de hecho en los cuales el paciente no pueda expresar su consentimiento.

El núcleo esencial de los derechos a la vida, a la libertad de expresión, acceso a la información e intimidad permiten la configuración del consentimiento informado, que tiene lugar en la relación médico-paciente. Con lo analizado, es posible observar cómo estos derechos subyacen, encontrándose en un punto común: el derecho a expresar un consentimiento informado. Lo anterior, es de interés constitucional, debido a que, si no es respetado por los profesionales de la salud, se impediría el ejercicio de todos los derechos que convergen en esta relación.

Se advierte la necesidad de dar relevancia a los derechos del paciente, quien no debe ser tomado como un objeto, sino concebido como la persona que goza de plenos derechos, los cuales no deben ser menoscabados en el ejercicio de la práctica médica. Aquí subyace la dignidad humana, que es el fundamento de los derechos fundamentales y por ende del ordenamiento jurídico. Como colofón, el paciente debe ser considerado como un sujeto de derechos fundamentales, para ello el consentimiento informado coadyuva a garantizar la primacía del ser humano en el acto médico.

CAPÍTULO II CONSENTIMIENTO INFORMADO INDIRECTO

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES, EN TRATAMIENTOS INVASIVOS Y PROCEDIMIENTOS CONCERNIENTES AL TRATAMIENTO DE LA AMBIGÜEDAD GENITAL

El artículo 1504 del Código Civil establece la capacidad de las personas, y hace referencia explícita sobre los impúberes y quienes están en condición de discapacidad. La norma dispone lo siguiente:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (Código Civil, art 1504).

Ahora bien, el desarrollo de la Constitución Política de 1991, así como la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional disponen que la capacidad de los niños, las niñas y los adolescentes (en adelante NNA) para emitir el consentimiento informado en tratamientos médicos no debe ser resuelta a través del artículo 1504 del Código Civil.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha considerado que los NNA darán su aquiescencia en aquellos casos en los cuales se practican procedimientos altamente invasivos y riesgosos que puedan afectar en forma definitiva su humanidad, o que potencialmente generen problemas psicológicos, como en el caso de la ambigüedad genital.

En este sentido, el máximo tribunal constitucional colombiano, en sentencia C-900 del 30 de noviembre de 2011, resumió acertadamente lo referente a la capacidad de los menores de edad.

[...] La capacidad civil de los niños no es aplicable en forma automática al consentimiento en los tratamientos médicos. Por el contrario, el concepto de autonomía, supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, lo que impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene derecho a decidir libre y con total independencia el futuro de su proyecto de vida; mientras que, por el contrario, el concepto de capacidad de ejercicio se centra exclusivamente en la habilitación legal para actuar en el mundo de los negocios (Corte Constitucional, Sentencia C-900, 2011).

En consideración de lo expuesto anteriormente, la Corte puntualizó el problema del consentimiento de los NNA. En fallo del 2 de agosto de 1999, la corporación desarrolló los parámetros que se deben tener en cuenta para que se tome como válido el consentimiento informado indirecto:

[...] Que los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente. Para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, la sentencia reiteró que es necesario tener en cuenta: (i) la necesidad y urgencia del tratamiento; (ii) su impacto y riesgos; y (iii) la edad y madurez del menor (Corte Constitucional, Sentencia T-551, 1999).

De esta manera nos damos cuenta de la importancia que tiene la libertad en la formación del consentimiento de los menores y adolescentes y la protección constitucional preferente que ellos gozan. Por lo que es preciso tener presente la voluntad de los NNA en el otorgamiento del consentimiento informado sustituto. Más aún, para que este sea válido deben darse ciertas condiciones como son: la urgencia médica, la madurez del menor y el impacto o riesgo que se pueda generar.

Sobre la cuestión, el tribunal constitucional sostuvo que ante la existencia de urgencia manifiesta donde esté en riesgo la vida de los NNA, por cualquier causa, los padres o representantes legales pueden otorgar el consentimiento informado sustituto, con el fin de preservar la vida del menor de dieciocho años. Sin embargo, en el evento en que no se obtenga

éste consentimiento, el galeno se encuentra autorizado por ley para realizar los procedimientos tendientes a salvaguardar la vida y salud del menor.

Respecto del precedente creado por la Corte Constitucional en lo relacionado con el consentimiento informado de los NNA, se ha sostenido que los padres o representantes legales darán el consentimiento indirecto o sustituto, pero no debe entenderse que niños, niñas o adolescentes son propiedad de sus padres. Para la Corte, los padres tienen sobre sus hijos una patria potestad que implica tomar las mejores decisiones, que consulten el interés superior del niño, en aras de proteger sus derechos y no como una decisión propia alejada de sus intereses. Entonces, en los eventos que no comporten una afección definitiva al menor, la Corte Constitucional ha mantenido su línea¹. Así, determina que, si bien en principio los pacientes son quienes deben decidir, existen casos especiales como el de los NNA, quienes no cuentan, en principio, con la capacidad de dar su consentimiento. Por tal razón, serán sus padres o representantes legales quienes deben autorizar cualquier procedimiento en aras de buscar el bienestar del menor de edad. Pero, cuando se trata de NNA, el consentimiento informado sustituto se debe exigir con mayor rigurosidad.

Por lo tanto, el galeno está obligado a brindar la suficiente información de forma oportuna, veraz e integral sobre la terapéutica o procedimiento que va a seguir y sobre sus riesgos inherentes. Además, los padres o los representantes legales de NNA tienen que comprender a cabalidad este tratamiento, así como los riesgos que conlleva.

Lo anterior no implica que el menor sea reducido a un objeto sobre el cual se predicen derechos de propiedad exclusiva y excluyente en titularidad de sus padres, o que su voluntad no sea tenida en cuenta, más bien, que existen ciertas circunstancias en que el consentimiento informado de NNA es necesario. Por ejemplo, en el evento en el cual, sin existir estado de urgencia manifiesta, se presenta ambigüedad genital, donde es posible aplicar una terapéutica tendiente a conseguir la readecuación de sexo. En esta circunstancia, el consentimiento

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO; Sentencia T-474 del 25 de septiembre de 1996, M.P. Fabio MORÓN DÍAZ; Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002, M.P. Rodrigo ESCOBAR GIL; Sentencia T-560 del 27 de julio de 2007, M.P. Rodrigo ESCOBAR GIL; Sentencia C-900 del 30 de noviembre de 2011, M.P. Jorge Ignacio PRETELT CHALJUB.

informado no siempre lo autorizan los padres o tutores. La Corte Constitucional ha sido clara al manifestar que los menores de edad tomarán la decisión de readecuación de sexo, cuando tengan el suficiente entendimiento de su sexualidad.

El análisis constitucional del tema se generó en el fallo que resolvió el caso de un niño emasculado de seis meses, como consecuencia del mordisco de un perro. Esto condujo a que se le practicara una cirugía con la autorización previa de sus padres, de la que obtuvo la apariencia genital de una mujer. Cuando el menor creció, cuestionó la decisión de sus padres, manifestando su querer de ser hombre. Tal hecho trajo consigo la discusión respecto de quién debe otorgar el consentimiento en estos casos (Corte Constitucional, Sentencia T-477, 1995).

En este caso, la Corte Constitucional reconoció la tensión existente acerca de las decisiones médicas que debían ser tomadas frente al tema de ambigüedad genital en NNA, y consideró los padecimientos físicos y psicológicos en que se podrían ver abocados los pacientes. Por lo tanto, debe considerarse el que padres o representantes legales en ejercicio del consentimiento informado indirecto pueden tomar una decisión incorrecta, en el sentido de que no se adecúe al bienestar o voluntad del menor, sino a sus creencias y convicciones personales, lo que resulta en un perjuicio sobre el menor de edad que no fue consultado para la toma de la decisión sobre su humanidad.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional fijó como sub-regla que los padres o representantes legales pueden otorgar el consentimiento informado de los NNA, hasta los cinco años de edad. Con posterioridad a dicha edad, los menores logran superar el umbral crítico de identificación de género, pues médicamente está demostrado que a partir de ese momento, ellos tienen una idea clara de su cuerpo y sexualidad, por lo que el consentimiento sustituto paterno no puede ser aplicado.

La mencionada providencia sirvió como fundamento para ayudar a resolver la cuestión de la Sentencia SU-337 de 1999, fundadora de la línea jurisprudencial –que seguiría en adelante la Corte Constitucional– en lo que hace referencia a los problemas de ambigüedad sexual o hermafroditismo en NNA.

La sentencia SU-337 de 1999 dio cuenta de la limitación que tiene el consentimiento informado sustituto, otorgado por los padres y, en consecuencia, para conceder el correcto consentimiento deben reunirse

ciertos presupuestos (persistente y cualificado), motivo por el cual este permiso o autorización es más exigente. Para el cumplimiento de los requisitos la Corte insta a que se surta el cambio de los protocolos y regulaciones médicas, a fin de ofrecer información detallada, la cual debe incluir la explicación sobre los riesgos inherentes al procedimiento o terapéutica, las repercusiones físicas y psicológicas.

Asimismo, la Corte Constitucional contempló situaciones especiales que pueden presentarse en este proceso, como son los estados de ánimo de los padres o representantes legales. Para mitigar este riesgo, señaló que la autorización debe darse sistémicamente y por etapas, en las que el profesional de la salud debe cerciorarse de que los padres o el representante legal de NNA entiendan la magnitud y las consecuencias de la terapéutica (Corte Constitucional, Sentencia T-551, 1999).

Además, el consentimiento debe consignarse por escrito y reposar en la historia clínica del paciente. En relación con el presupuesto según el cual el consentimiento informado tendrá que ser persistente, el Tribunal Constitucional determina que la autorización debe darse reiteradamente. De esta forma se garantiza que el consentimiento no sea otorgado de manera ligera.

En el evento en que se supere el umbral crítico de identificación de género, los padres no pueden otorgar el consentimiento informado. Al respecto la sentencia citada puntualizó:

[...] En este caso, como la niña hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operada, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida. En esa situación, tanto el principio de beneficencia como el de autonomía ordenan que, en el presente caso, las cirugías deben ser postergadas, puesto que la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares no opera para la menor XX, ya que el juez constitucional no está desplazando a la familia en sus decisiones sanitarias, sino que está potenciando, dentro del hogar, la autonomía del menor, que de todos modos ya debe ser tomada en cuenta. Por ende, la Corte concluye que en estas situaciones, las cirugías y los tratamientos hormonales deben ser postergados hasta que la propia persona pueda autorizarlos (Corte Constitucional, Sentencia SU-337, 1999).

Pero, es claro que tampoco el menor puede quedar desamparado y se deben proteger sus derechos. Para ello la Corte estableció que, en los casos en que este haya alcanzado los cinco años de edad (período en que se supera el umbral crítico de identificación), se conformará un equipo interdisciplinario para brindar apoyo psicológico, permitiéndole así asimilar su situación. Dicho equipo, en principio, estará conformado por médicos, psicoterapeutas y trabajadores sociales.

Ahora bien, corresponde a este grupo determinar el momento en que el paciente goce de la autonomía necesaria para conceder su consentimiento informado, con el propósito de adelantar los tratamientos tendientes a la corrección de su estado intersexual, si el paciente así lo desea.

De la anterior afirmación da cuenta la Sentencia T-551 de 1999, al resolver el caso de una niña de dos años, quien sufría de hiperplasia suprarrenal, enfermedad que le causó ambigüedad de sus órganos genitales. Este fallo aplicó lo establecido en la sentencia fundadora de línea y analizó concienzudamente el consentimiento informado, cualificado y persistente, otorgado por parte de padres o representantes del menor. De igual forma, las providencias T-692 de 1999, T-1390 de 2000 y T-1021 de 2003 de la Corte Constitucional siguieron la regla expuesta y desarrollada *in extenso* por la Sentencia SU-337 de 1999.

1.1. EL DESPLAZAMIENTO JURISPRUDENCIAL DESDE EL CONSENTIMIENTO INDIRECTO AL DIRECTO: LA CENTRALIDAD DEL PACIENTE Y SU AUTONOMÍA

En el año 2002 se daría un lento pero decidido desplazamiento del precedente jurisprudencial sobre el consentimiento indirecto, para dar paso a la autonomía del paciente y, en especial, de los NNA en casos de hermafroditismo o intersexualidad, para que sea el menor de edad, en su libre autodeterminación sexual, quién defina su sexo, con el apoyo de un grupo de especialistas que le ayuden en la toma de una decisión tan trascendental.

A través de la Sentencia T-1025 de 2002, la Corte Constitucional revisó la acción de tutela interpuesta por el padre de un niño que fue diagnosticado con: “*virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (Pseudohermafroditismo femenino)*”. El Instituto de Seguros Sociales se negó a realizar la cirugía de asignación de sexo. Posteriormente, se logró establecer que el niño carecía de testículos. En esta ocasión,

la Corte retomó el precedente de la Sentencia SU-377 de 1999, pero precisó el alcance de dos principios, beneficencia y autonomía, que han tenido aplicación con ocasión de lo allí establecido.

El primero refiere al *principio de beneficencia*, de acuerdo con el cual se permite realizar la cirugía de asignación de sexo en defensa de los derechos fundamentales del menor como consentimiento proyectado a futuro. El segundo es el *principio de autonomía*, en donde es al menor, y solo a él, a quien corresponde tomar la decisión de cómo ejercerá su autonomía sexual. En virtud de este último principio, es necesario esperar el momento en que el menor tenga la suficiente madurez para adoptar dicha decisión.

Sobre el umbral para la toma de decisión sobre la sexualidad, la sentencia puntualizó que su delimitación pretende brindar garantías para el ejercicio de la autonomía del menor en la definición de su identidad sexual, ante el reconocimiento invasivo de este tipo de operaciones y los criterios de conveniencia médica.

Si bien la regla general del Código Civil dispone que son los padres quienes dan un consentimiento sustituto, la Corte Constitucional indicó que existen una serie de circunstancias especiales en las cuales deberá primar el consentimiento directo del paciente. Al respecto manifestó:

[...] Tratándose de menores, de ordinario corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación del menor, a través del denominado consentimiento sustituto. Sin embargo, en estrecha vinculación con la salvaguarda del principio de autonomía, la presencia de algunas circunstancias, tales como:

el carácter más o menos invasivo del tratamiento; (ii) la dificultad de su realización y las pocas probabilidades de éxito; y (iii) el riesgo que representa para ciertos derechos o intereses del paciente, etc.; suponen la improcedencia constitucional de dicho consentimiento, en beneficio de la prevalencia del consentimiento informado del menor, cuando este tenga el suficiente discernimiento para optar por una decisión vital de tal naturaleza. Ello, en aras de salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad, la proyección de su identidad y autonomía y, en últimas, su vida digna (Corte Constitucional, Sentencia T-1025, 2002).

Para el Tribunal Constitucional estos casos plantean una ponderación entre las formas de consentimiento: el directo y el indirecto. Sobre el

primero, el consentimiento directo privilegia la autonomía del menor para disponer sobre su propio cuerpo, siempre y cuando existan las condiciones clínicas, psicológicas y racionales para tomar una decisión autónoma. El segundo, el consentimiento indirecto, sustituto o futuro en aras de salvaguardar las condiciones vitales que le permitan la construcción de su personalidad. Este evento fue novedoso, por tratarse de un niño mayor de cinco años, en el que la Corte apreció que el umbral deberá atenerse a las circunstancias de cada caso concreto. En la decisión, el Alto Tribunal advierte que debe darse un espacio para llevar a cabo un ejercicio concienzudo de ponderación y valoración de todas las circunstancias presentes al momento de tomar una decisión, con el fin de determinar si es posible dar prevalencia a la autonomía del menor, o al consentimiento sustituto.

En el caso en mención, al igual que en la Sentencia T-912 de 2008, se ordenó que para atender estas situaciones era necesario contar con un equipo interdisciplinario de profesionales, quienes se encargarían de precisar el momento cuando el menor esté en posibilidad de dar su consentimiento. En este supuesto la autorización debe ser realizada con la ayuda de los padres o el representante legal, pero, siempre teniendo presente la voluntad del menor.

Para poder hacer uso del consentimiento asistido, en estas situaciones, es debido contar con un acuerdo médico que determine la mejor alternativa para el menor. Además, el niño, la niña o el adolescente debe tener una acentuada identidad de género. Asimismo, el grupo interdisciplinario debe velar porque la voluntad de aquel sea expresada sin vicio alguno, esto es, sin injerencias externas de sus padres o su representante legal.

A su turno, la Sentencia T-622 de 2014 representó un cambio más acentuado en relación al precedente jurisprudencial relacionado con el umbral para el consentimiento sustituto. Como ya lo indicamos, la Corte Constitucional empezó a relativizar su regla sobre este umbral, según la cual, cuando se trataba de un menor de cinco años era procedente el consentimiento indirecto o sustituto; pero, en caso de superar esta edad sería necesario contar con el consentimiento directo del paciente, quien definirá de forma libre e informada su identidad sexual.

A pesar de esta regla, la Corte Constitucional recogió los desarrollos que en el contexto del derecho internacional y el derecho comparado se han dado sobre la materia y encontró que existe una

fuerte tendencia según la cual las cirugías de reasignación de sexo no son de naturaleza urgente. Por el contrario, este tipo de intervenciones sí tienen consecuencias permanentes en las personas a quienes se les práctica. Por consiguiente, se pretende cambiar la tesis sobre la oportunidad en que debe realizarse la cirugía con el fin de contar con el consentimiento, previo, libre e informado del menor que va a ser sometido a ésta para la definición de su género.

Sumándose a la tendencia señalada, la Corte Constitucional hizo referencia al informe temático de la Comisión Europea de 2011 *Personas trans e intersex. Discriminación por motivo de sexo, identidad de género y expresión de género* y los protocolos médicos que ha adoptado el Estado de Argentina, que en el año 2012 publicó la *Guía para Personal de Salud sobre Salud Sexual y Reproductiva y Prevención de la Violencia hacia Población LGTB*.

Igualmente, acudió a documentos del derecho internacional para proteger a las personas intersexuales, en los que destacó el *Informe del 1º de febrero de 2013 del Relator Especial para las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*, que insta a los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a no permitir la realización de tratamientos de carácter irreversibles e invasivos, como la cirugía reconstructiva urogenital obligatoria sin el consentimiento previo e informado del paciente (Corte Constitucional, sentencia T-622, 2014).

El segundo de estos documentos resaltado por la Corte, contiene los *Principios de Yogiakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, entre los que se visibilizan el 17, derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y 18, protección contra abusos médicos. A pesar de su carácter de *soft law*, el Tribunal Constitucional considera que este conjunto de principios brinda una herramienta valiosa, al destacar la importancia del consentimiento previo, libre e informado en los tratamientos de asignación de sexo.

En el caso concreto de la Sentencia T-622 de 2014, se estudió si la negación de la entidad promotora de salud (EPS Medicina Prepagada) a practicar la cirugía de reasignación de sexo vulneraba los derechos fundamentales del menor, que su padre pretendió salvaguardar al momento de acudir a la acción de tutela. En esta ocasión, la Corte encontró que el menor contaba con doce años de edad y había manifestado su

consentimiento de ser hombre. Sin embargo, consideró que la edad y madurez del menor, así como la expresión de su consentimiento, no eran suficientes para ordenar la intervención quirúrgica.

En efecto, del acervo probatorio recabado se logró constatar que, hasta el momento, el menor no había recibido un diagnóstico definitivo, no contó con apoyo psicológico ni tampoco existía un equipo multidisciplinario que le hiciera seguimiento al caso y permitiera orientar al menor sobre su importante decisión. Finalmente, la Corte adoptó una decisión similar a la Sentencia T-1025 de 2002.

Como se observa, la sentencia que hemos venido reseñando, T-622 de 2014, reviste trascendencia, porque modifica sustancialmente el precedente jurisprudencial sobre el asunto. En este caso, la persona contaba con doce años de edad, cuando el umbral había sido fijado en cinco. Por otra parte, a pesar de que había manifestado su consentimiento de ser hombre, la Corte encontró que dicha expresión de voluntad no había contado con el apoyo y la asesoría técnica y científica para tomar una decisión en las condiciones necesarias para definir su identidad sexual, es decir, que la persona debía recibir la atención médica que le permitiera tomar una decisión adecuada al ámbito de protección de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-622, 2014).

Luego de analizar el consentimiento informado indirecto en menores con ambigüedad genital, es posible determinar que se debe cumplir con unos requisitos mínimos, a saber:

El consentimiento libre, previo e informado es un derecho de todo paciente frente al personal médico, quien no podrá llevar a cabo ningún tipo de intervención sin contar con la aquiescencia de su paciente. Por lo tanto, se considera como un requisito esencial que da plena legitimidad a la práctica de procedimientos médicos, y respeta la dignidad humana, autonomía moral y libertad de la que gozan los pacientes.

Tratándose de menores de edad, se plantea una tensión entre dos principios: la autonomía con que cuenta la persona sobre su propio cuerpo y el principio de beneficencia, en tanto que sus padres, al tener la patria potestad, deben proteger su salud y buscar su máximo bienestar. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional aceptó pacíficamente que los padres o representantes legales pueden otorgar el consentimiento informado indirecto, o sustituto.

El consentimiento sustituto, cuando es dado por los padres para atender a sus hijos debe cumplir dos condiciones: (i) ser cualificado; y (ii) persistente. De un lado, debe contar con la asesoría profesional y técnica para informar a los padres sobre los riesgos, beneficios, tratamientos alternativos y todas las consecuencias que se deriven de cada una de las opciones posibles, para que sea cualificado. De otro lado, la persistencia plantea que la decisión a tomar sea el resultado de una meditación profunda y sólida, que no se trate de una decisión momentánea o producto de presiones externas, sino realmente genuina.

No obstante, el consentimiento indirecto o sustituto por parte de los padres o representantes legales tiene límites, ya que los niños, niñas y adolescentes están en capacidad de tomar decisiones que puedan llegar a afectar su salud, de acuerdo con su propio desarrollo cognitivo y la madurez suficiente para decidir. Así, los casos en que la Corte Constitucional ha dado primacía al principio de autonomía, hace referencia a las siguientes circunstancias: (i) cuando no existe riesgo para la vida e integridad del menor, esto es, la intervención médica no tiene un carácter urgente; y (ii) el niño o la niña ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo.

En principio, la Corte fijó el umbral en la edad de cinco años como tiempo de madurez para que el menor defina su identidad sexual. Sin embargo, en sus últimas decisiones, la corporación sugirió que la mejor opción es esperar hasta que, bajo la asesoría y con apoyo permanente de psicoterapeutas y otros profesionales, pueda tomar una decisión que respete su derecho fundamental a la identidad sexual, ante el carácter invasivo que tienen los tratamientos hormonales cuando se presenta ambigüedad sexual. El consentimiento en estos casos será coadyuvado por padres o representantes legales, teniendo como suprema la voluntad del menor.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CASO DE LOS ENFERMOS MENTALES

Cuando se trata de los enfermos mentales, el consentimiento informado guarda cierta semejanza con el otorgado para el caso de los niños, las niñas y los adolescentes; pues, inicialmente, son otras personas quienes lo autorizan en representación de ellos. Empero, como se verá, se presentan ciertas excepciones.

Los representantes legales del enfermo mental pueden consentir en beneficio de los intereses del paciente. A pesar de ello, en la ocasión

en que se quiera realizar terapéuticas drásticas en estos pacientes es preciso atender ciertas reglas que la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia ha implementado, y que analizaremos a continuación.

A este respecto, se puede empezar mencionando que la Sentencia T-850 de 2002 fue la providencia fundadora de línea, al resolver el caso de una joven de diecinueve años que presentaba un cuadro de epilepsia y retardo mental. A ella se le pretendía realizar una tubectomía o ligadura de trompas, para evitar un eventual estado de embarazo.

Para decidir este caso, el tribunal constitucional analizó la capacidad que podría tener en un futuro la joven. Frente a esto, es dable pensar que una persona con problemas mentales no puede dar el consentimiento informado. Sin embargo, si se determina que en un futuro puede lograr comprender y asimilar las consecuencias de un tratamiento como el de la esterilización, será ella, y en el momento adecuado, quien tome la decisión.

Claro, es preciso incorporar a la persona en un programa de educación especial integral, con el objeto de capacitarla y ayudarla a ejercer su sexualidad y maternidad de manera autónoma y responsable. Quiere decir lo anterior, que en principio los representantes legales del enfermo mental, quedarían excluidos de conceder el consentimiento informado (Corte Constitucional, Sentencia T-850, 2002).

Posteriormente, la misma corporación, en Sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, analizó un caso similar; pero, esta vez, tratándose de una menor de edad, a quien se le pretendía realizar el mismo procedimiento (tubectomía). Para la resolución de este fallo se sostuvo que era necesaria una autorización judicial, acerca de la cual advirtió:

En dicho proceso judicial, no sobra indicarlo, debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. Si se trata de un mayor de edad, tampoco debe olvidarse, la ley exige declaración previa de su estado, por medio de una interdicción de sus derechos. Por último, debe advertirse que, tratándose de un menor de edad, la ley asigna patria potestad al padre y a la madre. De allí que, salvo que resulte imposible –por ejemplo, por ausencia o abandono– o uno de los dos hubiese perdido la patria potestad, deben acudir ambos a solicitar la autorización judicial (Corte Constitucional, Sentencia T-248, 2003).

Si se está frente a una urgencia, es evidente que el consentimiento a futuro no puede ser usado y, por el contrario, debe darse prioridad a la

terapéutica, pues es razonable decir que la persona hubiese consentido la protección de su vida, integridad física o salud (Corte Constitucional, Sentencia T-248, 2003). Pero, cuando se vaya a practicar la tubectomía, y no exista la urgencia, la Corte Constitucional establece que debe primar el consentimiento directo, porque cabría la posibilidad de que el paciente no consienta dicha intervención en el futuro.

En el caso particular de estudio, se reúnen las siguientes condiciones: (i) el enfermo mental no puede comprender las consecuencias de un embarazo; y (ii) mucho menos sobre la conformación de familia. Por consiguiente, este paciente no puede dar el consentimiento, y no se está desconociendo la protección de que gozan los menores. En estas condiciones, la Corte decidió que se realizara la tubectomía. Pero, en estos sucesos, debe existir de por medio la autorización judicial, Así se encuentra consagrado en el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010.

En Sentencia T-492 del 29 de junio de 2006, se resolvió el caso de una madre que interpuso acción de tutela, en condición de agente oficiosa de su hija de veintiséis años que sufría de síndrome de Down y se encontraba en el octavo mes de embarazo. La providencia reitera lo expuesto en los fallos T-850 de 2002 y T-284 de 2003, pero, además, manifiesta claramente quién debe otorgar el consentimiento informado del enfermo mental:

[...] (i) Quien interponga la acción de tutela sea el o la representante legal de la mujer, bien por ministerio de la ley, o bien por discernimiento judicial de una guarda dentro de un proceso de interdicción judicial; y (ii), que el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva haya sido autorizado previamente por un juez, en un proceso distinto y anterior a la acción de tutela (Corte Constitucional, Sentencia T-492, 2006).

En igual sentido se pronunció la Sentencia T-1019 del 1º de diciembre de 2006, al referir casos donde se realizan procedimientos médicos drásticos, como la esterilización definitiva, que requieren contar con la autorización judicial previa, obtenida por medio de un proceso diferente al de la tutela, por lo que se debe demostrar la utilidad y la necesidad de la terapéutica. Este “permiso” debe ser pedido por la persona que tenga la representación legal del enfermo, es decir, para menores de dieciocho años serán sus padres y para los mayores, quien haya sido designado luego del proceso de interdicción.

La T-560 de 2007 es una sentencia confirmadora, que también expone la situación del consentimiento informado en enfermos mentales. La misma línea jurisprudencial fue reiterada en providencias T-303 de 2016 y T-690 de 2016 de la Corte Constitucional.

Por tener relación directa con el consentimiento informado, resulta oportuno dar cuenta de dos sentencias de constitucionalidad de control abstracto, las C-131 de 2014 y C-182 de 2016, que estudiaron algunos elementos relacionados con la materia en cuestión, regulados por el Estado colombiano, mediante la Ley 1412 de 2010, *“por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y además se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”*. En la primera, la Sentencia C-131 de 2014, la Corte estudió la demanda formulada contra el artículo 7, que prohíbe someter a menores a procedimientos de anticoncepción quirúrgica.

En dicha oportunidad, se analizó puntualmente si la disposición normativa vulneraba los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad en condición de discapacidad, dado que, por su circunstancia especial, este grupo poblacional puede ignorar las consecuencias generadas por un embarazo para sus vidas, las de sus familias y del *nasciturus*. De acuerdo con los demandantes, la norma no debería excluir a los menores de edad en condición de discapacidad que por su condición no pueden o deberían concebir hijos, al carecer de las competencias que requiere el ejercicio de una paternidad y una maternidad responsable (Corte Constitucional, Sentencia C-131, 2014).

En la referida sentencia, para el Tribunal Constitucional la prohibición general de excluir a los menores de edad de la anticoncepción quirúrgica se ajusta a la Constitución, por lo que declaró la exequibilidad de la norma. En su interpretación consideró que el legislador puede adoptar este tipo de medidas para buscar la protección de grupos vulnerables como los menores de edad, y también aquellos en condición de discapacidad. Según esta corporación, establecer una edad mínima para acceder a la esterilización quirúrgica no puede ser considerada como una categoría sospechosa o semi-sospechosa que implique una forma de discriminación.

Para el caso especial de los menores de edad en condición de discapacidad, se consideró que ellos pueden acceder a otros mecanismos anticonceptivos menos invasivos hasta que alcancen la

mayoría de edad que define la ley, por lo que no puede predicarse una vulneración de sus derechos sexuales y reproductivos.

Sin embargo, la Corte Constitucional contempló dos excepciones a la regla general, según las cuales es posible realizar la anticoncepción quirúrgica en menores en condición de discapacidad.

La primera ocurre cuando existe un riesgo inminente para su vida como consecuencia de un embarazo que no puede evitarse de forma eficaz por otros medios. En este caso, el procedimiento podrá ser realizado cuando la menor brinde su consentimiento informado, un juez constate la capacidad reflexiva para consentir la práctica del procedimiento quirúrgico y un grupo médico interdisciplinario estipule que la operación resulta imprescindible.

La segunda situación hace referencia cuando, al encontrarse médicamente certificado que el menor padece de discapacidad profunda o severa que le impide consentir y tampoco existe la posibilidad de que en un futuro lo haga. En el evento, la Corte Constitucional considera que no se atenta contra la autonomía del menor, dado que existe un concepto médico que indica que resulta imposible dar un consentimiento directo. En estos casos, se admite el consentimiento sustituto, para evitar la procreación, con el fin de proteger la vida e integridad del menor.

Por su parte, la Sentencia C-182 de 2016 estudió la demanda contra el artículo 6 que autoriza la esterilización quirúrgica a personas con discapacidad mental cuando sean suscritos por su representante legal y cuenten con la debida autorización judicial. El problema jurídico que se abordó radicaba en establecer si los efectos de la norma vulneraban los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución, y el bloque de constitucionalidad, en especial, el artículo 12 de la Convención sobre Derecho de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD).

La Corte Constitucional encontró que la norma se ajustaba a la Constitución y por lo tanto declaró su constitucionalidad. Sin embargo, condicionó su interpretación, al considerar que la exequibilidad pura y simple abría un espacio para que el intérprete asumiera posturas que podían contradecir el modelo social de la discapacidad que introdujo la CDPD en Colombia. En este orden de ideas, la Corte precisó que el consentimiento sustituto era aceptado cuando la persona fuera declarada judicialmente interdicta, caso que ocurre frente a la discapacidad severa

o profunda. También indicó que se requiere una autorización judicial que faculte la práctica del procedimiento quirúrgico.

Dicha autorización quedó supeditada a la imposibilidad absoluta de la persona para dar su consentimiento y que se cuente con una orden médica para llevar a cabo el proceso de esterilización. El condicionamiento introducido fue el siguiente:

La autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el procedimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y solo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga (Corte Constitucional, Sentencia C-182, 2016).

De acuerdo con este condicionamiento, para que el consentimiento sustituto sea válido y se pueda realizar la esterilización quirúrgica a una persona con capacidad diversa se requiere que concurren las siguientes circunstancias: *(i)* cuando no existe una alternativa menos invasiva; *(ii)* la persona accedió a todos los mecanismos posibles para expresar sus preferencias; *(iii)* se constata que resulta imposible emitir consentimiento alguno, incluso a futuro, y que la esterilización quirúrgica sea médicamente necesaria.

Cabe destacar que la sentencia T-573 de 2016 de forma creativa concluyó que a los menores de edad con capacidades intelectuales y psicosociales diversas no se les puede sustituir el consentimiento. Con el fin de respetar el modelo social de discapacidad de la CDPD, independientemente de la voluntad de su representante legal, las autoridades judiciales y médicas, deben darle prevalencia a la voluntad del menor.

En esta ocasión, se revisó la acción de tutela interpuesta por la madre de una menor que contaba con quince años de edad y padecía de síndrome de Down, a quién le habían implantado un dispositivo subdérmico de anticoncepción en octubre de 2014. Como consecuencia, le surgieron múltiples afecciones y dolencias, por lo que la madre de la menor solicitó que le fuera retirado dicho dispositivo y le practicaran una intervención quirúrgica para su esterilización. Ante la negativa de las entidades demandadas de acceder a las peticiones de la representante legal de la menor, se interpone una acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales.

Frente a lo expuesto, la Corte suscitó una interesante discusión sobre cuál debe ser el parámetro de constitucionalidad para establecer si existió, o no, vulneración de los derechos fundamentales de la menor. El máximo Tribunal encontró una disyuntiva entre la CDPCD, que plantea un marco amplio de garantía del derecho a la igualdad y el ejercicio pleno de capacidad jurídica, independiente del grado de discapacidad mental, sobre los derechos sexuales y reproductivos, y la normativa nacional (Ley 1412 de 2010), que permite sustituir el consentimiento de las personas en condición de discapacidad, siempre que se cuente con autorización médica y judicial (Corte Constitucional, Sentencia T-573, 2016).

En especial, las decisiones de constitucionalidad antes reseñadas, sentencias C-131 de 2014 y C-182 de 2016, que declararon exequibles las normas relativas a la prohibición de la esterilización en menores, la primera, y la autorización de la sustitución del consentimiento en personas mayores de edad en condición de discapacidad, la segunda, a través de la cual se introdujo un condicionamiento al artículo 6 de la Ley 1412, en caso de discapacidad profunda o severa, pero que generó rechazo al interior del juez colegiado, según los tres salvamentos de voto y una aclaración a dicha decisión.

Luego de una revisión exhaustiva de ambos fallos, la Corte concluyó que las dos sentencias de constitucionalidad relevantes hicieron tránsito a cosa juzgada relativa, en tanto no se ocupó de la esterilización de menores de edad en situación de discapacidad. Por otra parte, estudió el caso de las personas mayores de edad, pero, con un condicionamiento preciso, según el cual: si luego de agotar todos los apoyos psicosociales y médicos, la persona no puede manifestar su voluntad libre e informada, ni podrá hacerlo en el futuro, será el personal médico idóneo quien lo determine y un juez de la república que lo autorice.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que el parámetro de constitucionalidad para el análisis del caso concreto se compone de las siguientes fuentes: *(i)* los compromisos internacionales vinculantes para el Estado colombiano, recogido en la CDPCD; *(ii)* la sentencia que estudió la constitucionalidad de la ley que aprobó dicho tratado (Corte Constitucional, Sentencia C-293, 2010); *(iii)* las observaciones del órgano de control y monitoreo de la CDPCD sobre la implementación de dicho instrumento en Colombia; y, en especial; *(iv)* la preocupación manifestada por las decisiones de la Corte Constitucional que avalaron

el consentimiento sustituto (art. 6, Ley 1412, 2010; Sentencia C-186, 2016). Finalmente; (v) las barreras sociales que impiden a las personas con capacidad intelectual y psicosocial diversa, ejercer de forma libre y autónoma sus derechos sexuales y reproductivos.

En razón a este completo parámetro de constitucionalidad, la alta corporación constitucional entiende que:

[...] Ninguna circunstancia habilita la adopción de decisiones que incumben a las personas en situación de discapacidad por vía del consentimiento sustituto, y que, en todo caso, debe presumirse su capacidad jurídica para tomar decisiones de forma libre y autónoma, mediante los apoyos, ajustes razonables y salvaguardas que el Estado debe facilitarles para el efecto. En consecuencia, en aquellos casos en los que la persona no logre manifestar su voluntad sobre la posibilidad de que se le practique un procedimiento de esterilización, una vez se le hayan otorgado todos los apoyos y salvaguardias para que lo haga, el procedimiento no debería practicarse. Reivindicando en ese sentido el principio “Nada sobre nosotros sin nosotros” que inspiró la incorporación del modelo social de la discapacidad (Corte Constitucional, Sentencia T-690, 2016).

En el caso concreto, este Tribunal encontró vulnerados los derechos fundamentales de la menor, al sustituir su consentimiento, en el momento de instalar el dispositivo anticonceptivo subdérmico, así como con la pretensión de una futura intervención quirúrgica hacia los mismos fines. Incluso, fue más allá, al indicar que la mayoría de edad no era razón suficiente para realizar los procedimientos de esterilización, o cualquier otra intervención médica sin su consentimiento.

En estos casos, indicó la Corte, se debe propender por la manifestación del consentimiento previo, libre e informado, y solo podrá ser practicada la esterilización si, dentro de un contexto de un proceso judicial, se logra verificar que la persona manifestó su consentimiento, para lo cual se brindaron todos los apoyos y salvaguardas necesarias al caso, entre las que está la de recibir la información y orientación adecuadas y necesarias para conocer los riesgos, beneficios y alternativas a este tipo de procedimientos.

Dentro de las distintas hipótesis fácticas analizadas, el desarrollo jurisprudencial descrito da cuenta de la importancia que ha dado la Corte Constitucional colombiana, especialmente entre los NNA y las personas con capacidades diversas, al consentimiento de una

persona para disponer sobre su propio cuerpo y decidir de forma autónoma cómo ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. En esta materia, desde un principio, el tribunal rechazó la aplicación acrítica y automática del Código Civil sobre la capacidad de las personas y, por el contrario, ha creado un régimen de excepción, sin desconocer las reglas de derecho privado en que la norma tiene plena aplicación.

Sin embargo, para asuntos que afectan directamente derechos fundamentales, la misma corporación ha dado un tratamiento diferente. En lugar de presumir la incapacidad, ha buscado que se haga todo lo posible por obtener el consentimiento directo de la persona y, solo bajo estrictos parámetros, acepta el consentimiento sustituto. Esta posición de la Corte Constitucional se compagina con el modelo social de discapacidad que introdujo la CDPCP, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por vía del bloque de constitucionalidad.

De las sentencias estudiadas se puede decir entonces que:

En el evento en que el paciente sufra de retardo mental, pero logre en un futuro comprender las consecuencias de la sexualidad y maternidad, no es procedente el consentimiento sustituto. En cambio, será el paciente que autorice la terapéutica de manera libre, previa e informada. En este caso particular, y con el fin de salvaguardar los derechos del enfermo y el posible consentimiento futuro que pueda otorgar, se hace necesario su incorporación a un programa que lo capacite y le proporcione los medios para que pueda ejercer autónomamente su derecho al consentimiento informado, en lo referente a su sexualidad y maternidad.

Cuando se tenga que aplicar terapéuticas drásticas, ejemplo de ello, la esterilización definitiva, debe ser el representante legal del niño, niña o adolescente, o del mayor de edad, quien lo consienta, previa autorización judicial, mediante proceso diferente al de tutela, en donde se exponga la necesidad y conveniencia. Además, se debe probar que el paciente no puede consentir ni en el presente ni en el futuro. Debemos precisar que la autorización judicial no será necesaria en casos de urgencia, en los cuales factores como la vida o la salud del paciente se puedan ver perjudicados.

Únicamente, se puede acudir a la acción de tutela, cuando el representante legal cuente con las autorizaciones y el ente de salud se niegue a la realización de la terapéutica. Para comparar lo que ocurre en esta clase de pacientes, atendemos a la referencia de GALÁN

(2001) frente a la jurisprudencia americana del Tribunal Supremo de Massachusetts en 1983. Ese precedente ha sostenido que los enfermos mentales recluidos involuntariamente en establecimientos psiquiátricos tienen derecho a rechazar la medicación, es decir, solo se le puede suministrar medicamentos siempre que consientan la aplicación de estos procedimientos médicos y tengan la capacidad para autorizarlos (Tribunal Supremo de Massachusetts, Sentencia del caso *Roger vs. Commissioner*).

Observamos que existe una similitud entre esta normativa y la línea desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional, en el sentido de evaluar la capacidad que puede llegar a tener un paciente con una enfermedad mental. Entonces, decimos que no cualquier alteración mental es óbice para la aplicación del consentimiento sustituto.

En consecuencia, la Corte Constitucional sigue, a nuestro parecer, la línea jurisprudencial esbozada en la sentencia T-401 de 1994, que resolvió el caso de un paciente tratado con diálisis peritoneal, procedimiento que consiste: *“en el intercambio de soluciones líquidas y electrólisis llevada a cabo por un dispositivo externo que se introduce en la cavidad abdominal”*. Sin embargo, el paciente en este caso no siguió en detalle las indicaciones del médico tratante, lo cual deterioró la relación médico-paciente. En consecuencia, el facultativo consideró que dicha actitud del paciente respondía a una enfermedad mental, ordenando su traslado a un centro de atención de este tipo. El dictamen del centro mental fue que el paciente sufría de trastorno antisocial de personalidad, razón por la cual en principio se le privó de la oportunidad de consentir respecto de su tratamiento.

En aquella ocasión la Corte manifestó:

La contraindicación, en muchos casos, hace parte de los criterios de sopesación que el enfermo tiene en cuenta para determinar su estado de salud. Es posible establecer una diferenciación entre la situación mental del paciente —patológica o no— y su autonomía o capacidad para consentir. En este orden de ideas, la contraindicación hace parte del espacio de discrecionalidad y autonomía que posee el paciente frente al médico al momento de la prescripción del tratamiento. Aun existiendo un desequilibrio psicológico de parte del peticionario, a partir del cual se pudiese concluir una agresividad especial contra sus semejantes, esta no parece ser una razón para excluir al paciente de la posibilidad de opinar acerca del tratamiento que prefiere. El peticionario está capacitado para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su estado de salud (Corte Constitucional, Sentencia T-401, 1994).

Podemos concluir por lo anterior que no sirve cualquier alteración mental para declarar incapaz al enfermo de conceder su consentimiento informado. Para la Corte Constitucional existen casos en los cuales el paciente es consciente y percibe la dimensión de las terapéuticas que se le van a aplicar, aun cuando tenga una afección mental.

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASOS DE URGENCIAS Y OBJECCIÓN AL TRATAMIENTO POR CREENCIAS RELIGIOSAS

En circunstancias de urgencia médica prima proteger la integridad y vida del paciente. Ante tal situación, el consentimiento puede ser omitido, debido a que existen intereses superiores: la prevalencia del derecho a la salud y a la vida.

En esta parte nos encargaremos de revisar cuál ha sido el desarrollo legal que se le ha dado al paciente, en el supuesto de que este incurra en una incapacidad de hecho, es decir, que no es parte de su condición biológica que le impide consentir, sino que su rechazo a un determinado procedimiento es producto de sus convicciones profundas o sus creencias religiosas, las cuales también tienen un marco de protección dentro del orden constitucional. Analizaremos el tratamiento que se debe dar al consentimiento informado cuando se trata de menores y aquellos casos en los cuales el paciente rechaza que le sea practicado determinado tratamiento, pese a encontrarse en situación de urgencia.

Para empezar, y siguiendo lo establecido por GALÁN (1999), podemos considerar cuál debe ser el proceder del personal médico, cuando un paciente se encuentre en estado de inconsciencia, su vida corra peligro o su padecimiento pueda generar daños irreparables, y no se cuente con la posibilidad de otorgamiento del consentimiento sustituto.

Según el mismo autor, el galeno podrá actuar, omitiendo la formación del consentimiento informado. Es así, como el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 preceptúa que el facultativo “*no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata*”.

En consideración a lo anterior, observamos la prevalencia que tiene el derecho al consentimiento informado y los demás que

subyacen de él. En principio, el profesional de la salud no puede ejecutar ninguna terapéutica sin antes contar con la autorización del paciente o de sus representantes legales, incluso en los casos que el enfermo se encuentre en estado de inconsciencia.

De esta manera, únicamente se permite la intervención por parte del profesional de la salud sin autorización del paciente cuando exista urgencia o sea necesaria la intervención inmediata, dado que el estado del mismo compromete directamente su vida o su salud. Además, se debe decir que en los casos de urgencia el médico no podrá excusarse de asistir al paciente (Congreso de la República, Ley 23, 1981).

Pero también puede ocurrir que los representantes legales o los allegados del enfermo estén presentes al momento de la urgencia. En este evento se puede solicitar el consentimiento informado sustituto, aunque se debe advertir que el deber que existe de brindar información es más laxo. Por lo tanto, se permite al galeno omitir la advertencia del riesgo previsto, la cual está justificada plenamente por la premura del tiempo (Presidencia de la República, Decreto 3380 de 1981).

La Corte Constitucional ha tenido un desenvolvimiento amplio en el tema de los menores; es más, es notorio el interés constitucional de hacer prevalecer la vida del menor en caso de urgencia. Respecto del otorgamiento del consentimiento informado en el caso de los NNA se puede tomar como sentencia fundadora de línea la providencia T-411 del 19 de septiembre de 1994.

En esta, se falló el caso de un bebé de diez meses que, tras un primer diagnóstico rápido, el médico se percató que la niña sufría de bronconeumonía, desnutrición y deshidratación, razones por las que consideró que debía ser hospitalizada de inmediato, por cuanto su vida corría grave riesgo. La madre, después de consultar al padre de la menor sobre el diagnóstico dado, decidió que su hija no podía recibir la atención médica, debido a que su religión se lo impedía. Por ello, el profesional de la salud, de forma oficiosa, instauró acción de tutela por la vulneración flagrante al derecho a la vida del bebé.

Fue así como en esta sentencia se estableció la regla que hace referencia a la existencia de derechos, como el de la vida, que prevalecen sobre otros. Al respecto, la Corte Constitucional determinó:

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la

vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior (Corte Constitucional, Sentencia T-411, 1994).

Por consiguiente, en este caso el consentimiento sustituto de los padres no es válido, toda vez que transgrede los derechos del menor. Afirmamos en este punto que el consentimiento informado sustituto parental debe obedecer a la protección de la vida y el bienestar del menor.

La providencia T-477 de 1995 –analizada antes, en el caso de los menores con ambigüedad genital– resulta una sentencia confirmadora de la urgencia presentada en NNA que pueden tener en riesgo la vida. Es en estos casos en los que se debe determinar si el menor se encuentra en estado de urgencia y, si es así, el médico debe proceder a prestarle la atención requerida para salvar la vida, prescindiendo del consentimiento informado².

En aquella oportunidad, adecuadamente el juez constitucional sostuvo:

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le dé al calificativo “integridad de la persona”, esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean (Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995).

² En este sentido, la Corte Constitucional refirió que en los tratamientos de ambigüedad genital el equipo médico debe determinar la urgencia manifiesta de la realización de un procedimiento tendiente a la salvaguarda del derecho a la vida y salud de NNA. En este sentido, ver Corte Constitucional, sentencias SU-337, del 12 mayo de 1999, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO; T-551 del 2 de agosto de 1999, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO; T-692 del 16 de noviembre de 1999, M.P. Carlos GAVIRIA DÍAZ; T-1390 del 12 de octubre de 2000, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO; T-850 del 10 de octubre de 2002, M.P. Rodrigo ESCOBAR GIL; T-1025 del 27 de noviembre de 2002, M.P. Rodrigo ESCOBAR GIL; T-560a del 27 de julio de 2007, M.P. Rodrigo ESCOBAR GIL. En el mismo sentido se refirió la Sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, M.P. Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, en lo referente a los NNA con retardo mental.

De ahí, se determina una regla y es que el facultativo puede actuar sobre un menor, sin contar con el consentimiento informado, pero únicamente en caso de urgencia. Este fallo también afirmó que la cirugía de urgencia practicada al niño se realizó con el fin de atender las lesiones ocasionadas por el mordisco que le causó un canino y no la readecuación del sexo, que se efectuó posteriormente.

Por otra parte, la Corte, en Sentencia T- 474 del 25 de septiembre de 1996 estudió el caso de un menor que sufría de cáncer en una rodilla. Ante tal situación, los médicos decidieron amputarle la pierna, con el fin de darle continuidad al tratamiento, es decir, realizar quimioterapia que incluía hemotransfusiones. El adolescente de dieciséis años rechazó el tratamiento por cuanto sus principios religiosos se lo impedían. El padre del menor interpuso acción de tutela con el fin de que se le ordenara al Instituto de Seguros Sociales de Bucaramanga seguir con el tratamiento, debido a que el menor se encontraba en un estado de urgencia manifiesta.

En este fallo se estableció que el Estado tiene el deber de garantizar el derecho fundamental de la vida del menor, al ser un interés superior de alcance constitucional. Así, en dicha sentencia el alto tribunal dio validez al consentimiento informado del padre, motivado en la urgencia que requiere un tratamiento. Por ello, indicó: *“El tratamiento era entonces necesario no solo para amparar la vida y salud sino también para proteger la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro”* (Corte Constitucional. Sentencia T-474, 1996).

Del análisis efectuado a los anteriores fallos, inferimos que existe un estado de urgencia manifiesta, en el que corre peligro la vida de los NNA. Dado que la Corte Constitucional estableció el deber de salvaguardarla, es en este caso en que se omite contar con el consentimiento informado de los padres o representante legal del menor.

Finalmente, la Sentencia C-900 de 2011 volvió a confirmar lo señalado anteriormente, al realizar un análisis de las sentencias revisadas. Asimismo, consideró lo preceptuado en la Ley 23 de 1981, en la parte que establece la actuación del galeno sin contar con el consentimiento informado en casos de urgencia manifiesta. Por lo que conceptuó:

En estos términos, debe la Sala advertir que la expresión “peligro inminente para su vida”, denota la intención del legislador de establecer dicha facultad en situaciones absolutamente indispensables, urgentes

e inminentes que requieren la decisión e intervención inmediata del personal médico. En este sentido, la norma regula situaciones de urgencia con grave riesgo vital. En palabras de la American Medical Association “aquella situación que requiere atención médica inmediata” (Corte Constitucional, Sentencia C-900, 2011).

En relación con la urgencia manifiesta en personas mayores de edad, y dadas las circunstancias en que, además, el paciente no pueda consentir por encontrarse en una inhabilidad de hecho, deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones. Cuando no se cuenta con la presencia de allegados del enfermo para que puedan dar el consentimiento sustituto, el galeno podrá actuar sin contar con tal autorización, dado que se encuentra amparado en la ley.

Debemos mencionar, que el artículo 5 de la Ley 73 de 1988 indica por lo demás, en qué orden se puede solicitar el consentimiento sustituto. Al respecto la norma estipula:

Quando quiera que en desarrollo de la presente ley deba expresarse el consentimiento, bien sea como deudo de una persona fallecida o en otra condición, se tendrá en cuenta el siguiente orden: 1. El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; 2. Los hijos legítimos o naturales, mayores de edad; 3. Los padres legítimos o naturales; 4. Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad; 5. Los abuelos y nietos; 6. Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado; 7. Los parientes afines hasta el segundo grado.

Existe un caso especial y es cuando el enfermo se encuentra consciente, pero se opone a que se le realice el procedimiento o tratamiento. Para ello analizaremos las providencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana en este tipo de casos.

La Sentencia T-493 del 28 de octubre de 1993 empezó a tratar el tema de rechazo a un tratamiento en persona con el pleno ejercicio de sus facultades mentales. En esta ocasión se trataba de una señora que padecía cáncer, para aliviar tal mal requería que se le aplicara un tratamiento que fue rechazado por la paciente, decisión que también compartió su esposo. Al estudiar el caso, la Corte estableció que no se puede obligar a una persona a asistir a un tratamiento, debido a que se le vulnerarían derechos tales como la dignidad y la intimidad, así que, la persona puede autodeterminarse y por tanto negarse a que se le practique alguna terapéutica.

La Sentencia T-823 del 4 de octubre de 2002 falló el caso de una señora que profesaba las directrices del culto Testigos de Jehová (GALÁN, 2001). En su calidad de paciente acudió al hospital Marco Fidel Suárez de Bello (Antioquia) y, como resultado del diagnóstico médico, se dictaminó que padecía pancreatitis y cálculos en la vesícula, por lo que fue hospitalizada, con el propósito de realizarle una cirugía tendiente a curar su enfermedad. En su atención se hacía necesario realizarle una trasfusión de sangre, que fue rechazada por la paciente, por consiguiente, se negó a que se le practicara la operación en esas condiciones, que iban en contra de sus creencias religiosas.

Esta sentencia confirmó lo manifestado en decisiones anteriores, en dirección a que el galeno puede actuar en acatamiento al principio de beneficencia, en aquellos casos en los cuales el paciente se encuentre en estado de inconsciencia y urgencia manifiesta. También concluyó que el paciente puede rehusarse a que se le practique determinado tratamiento. Igualmente, infirió que el enfermo no puede ir en contra de la *lex artis* médica, es decir, el paciente no puede imponer condiciones que la contraríen, al profesional de la salud.

Bajo estas consideraciones, por regla general, resulta que no puede ni obligarse al paciente a seguir la prescripción propuesta por el médico en contra de su voluntad y, por ende, desconociendo su consentimiento idóneo, ni ordenarse al médico a actuar clínicamente en contra de los postulados de su profesión. Por lo cual, si irremediamente el médico y la junta estiman improcedente practicar un tratamiento en las condiciones expuestas por el paciente, este debe buscar los servicios de quien, según su buen criterio, pueda prestarle la asistencia médica y quirúrgica necesaria conforme a los parámetros de su voluntad (Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 2002).

Posteriormente, mediante la Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, se despenalizó el aborto y se fijaron las reglas que habilitan esta práctica médica, entre las cuales está el caso de la mujer embarazada que se encuentre en estado de urgencia manifiesta. Dada la condición, el cuerpo médico puede prescindir del período de reflexión, tiempo en que la gestante puede tomar la decisión de abortar o no, analizar sus consecuencias y por lo tanto consentir o autorizar que se le practique el aborto.

En esta circunstancia, se autoriza al galeno obviar el consentimiento expreso, aun cuando la paciente sea menor de edad. Pero los

facultativos, deben cumplir con un requisito y es el de dejar constancia en la historia clínica de las razones médicas por las cuales decidieron practicar el aborto. En relación con lo anterior, observamos cómo la Corte está garantizando el derecho a la vida del paciente, sobre una mera expectativa de vida, permitiendo, en caso de urgencia, sacrificar dicha expectativa (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2010).

Un caso reciente fue resuelto por la Corte Constitucional, aplicando la jurisprudencia reseñada. Se trata de la Sentencia T-476 de 2016. En esta oportunidad, la corporación revisó la acción de tutela interpuesta por una persona de cincuenta y cuatro años, diagnosticada con insuficiencia aórtica severa, quien requería el reemplazo de la válvula aórtica y, para ello, transfusión de sangre. El accionante manifestó que su religión, Testigos de Jehová, le impide esta intervención médica, pues esta conllevaría a su *“fallecimiento a nivel espiritual y ante el ser superior adorado”*. La Corte reiteró su línea jurisprudencial sobre la tensión que plantea el ejercicio de la libertad religiosa y de cultos con el derecho a la salud.

La regla general es que no puede obligarse al paciente a seguir la propuesta por el galeno, en contra de su voluntad, ni tampoco obligar al médico a actuar en contra de sus postulados profesionales. De acuerdo con los cauces que establece el sistema de salud, se le deberá respetar el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y al tiempo su derecho a la salud, para lo cual existen métodos alternativos, como la llamada “cirugía sin sangre”, que viene siendo implementada en el mundo y en algunas clínicas y hospitales de Colombia.

Para concluir, y en términos generales, tenemos claro que el consentimiento informado se solicitará en caso de inconsciencia sin urgencia, cuando se encuentre presente, en el siguiente orden de jerarquía: (i) El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; (ii) Los hijos legítimos o naturales, mayores de edad; (iii) Los padres legítimos o naturales; (iv) Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad; (v) Los abuelos y nietos; (vi) Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado; (vii) Los parientes afines hasta el segundo grado, pero se debe advertir que el consentimiento es más laxo ya que la ley permite la omisión de los riesgos previstos.

Para el caso de urgencia e inconsciencia, en donde no se cuenta con la presencia de un allegado del paciente, el profesional de la salud procederá a aplicar la terapéutica tendiente a aliviar el padecimiento. En los casos de NNA, si se corre el riesgo de poner en peligro la vida del menor, el Estado entrará a proteger el precitado derecho.

CAPÍTULO III CONSENTIMIENTO INFORMADO DIRECTO

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CASO DE CIRUGÍAS ESTÉTICAS

El consentimiento informado para el caso de las cirugías estéticas será abordado acá de manera distinta, teniendo en cuenta que el mayor desarrollo jurisprudencial sobre la materia en Colombia ha sido expedido por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, cuyas sentencias se caracterizan por acudir al concepto común, lo que implica la dificultad de tener una idea clara de alguna regla en determinados temas. Por lo anterior, el análisis de este punto será diferente al que se viene siguiendo, pues para ello acudiremos, además de la nacional, a jurisprudencia foránea y a la doctrina que permita establecer cuáles son los presupuestos mínimos para otorgar el consentimiento informado en este tipo de procedimientos.

Para entender mejor el tema, debemos precisar la diferencia existente entre cirugía estética y plástica. Para este fin, traeremos a colación la ilustración suministrada por el Tribunal Supremo español, en sentencia proferida el 15 de junio de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, que dice:

[...] Cirugía estética es una rama de la medicina que da solución a situaciones no estéticas en las cuales no existen patologías previas, mientras que la cirugía plástica y reparadora atiende a quemados, malformaciones o alteraciones en las que se encuentra un compromiso funcional curativo, practicándose por ello en el Sistema Nacional de Salud. Se refiere a diversos dictámenes e informes sobre medicina y cirugía estética y concluye que se otorga la estética a un colectivo no adecuadamente formado ni destinado a ello, restringiendo la competencia en perjuicio de los consumidores y usuarios (Tribunal Supremo, STS 3896, 2005).

Por su parte, MANRIQUE (2002) considera que la cirugía plástica se divide en reparadora o estética. En el primer caso busca la reconstrucción o reparación de un órgano o tejido del paciente y en el segundo el mejoramiento estético de personas que se encuentran sanas, que pretenden seguir un modelo de belleza y para ello se someten a una intervención quirúrgica para alcanzarlo.

Es atractivo el examen de este último evento, por cuanto, doctrinaria y jurisprudencialmente, hay mayor exigencia jurídica, al ser obligaciones catalogadas como de resultado, es decir, se parte del presupuesto de que el galeno no se obliga a curar o aliviar el padecimiento de un paciente, *contrario sensu*, el paciente se encuentra en buenas condiciones de salud. Aquí se busca el embellecimiento de alguna parte de su cuerpo con la que se encuentra inconforme, en donde se proyecta un resultado que es el esperado.

Por lo tanto, en los procedimientos estéticos, como bien lo señala GALÁN (1999), ningún paciente busca empeorar su situación física. La persona que se va a someter a un procedimiento de cirugía estética es consiente y asume los riesgos propios de un determinado procedimiento a seguir. Quiere decir lo anterior, que el consentimiento informado para cirugías estéticas es mucho más exigente, dado que el deber de diligencia y prudencia se ve menguado por un resultado, que el deudor (galeno) se compromete a entregar al acreedor (paciente).

Como se dijo, revisaremos sentencias promulgadas por la Corte Suprema de Justicia, así como providencias foráneas, que darán mayor ilustración sobre cómo se debe otorgar el consentimiento informado en los casos de cirugía estética y los casos en que se puede ver vulnerado este derecho.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de noviembre de 1986, falló el caso en el que una señora demandó a un médico por haber incumplido el contrato celebrado, cuyo objeto fue el de realizar una cirugía (ridectomía y rinoplastia), para eliminar las “(a) *arrugas de las bolsas que aparecen debajo de los párpados [...]; suprimir los pliegues que van de las alas de la nariz a los labios; levantar las comisuras de los labios; (d) levantar la nariz*”.

Para resolver el caso, la Corte infirió que como resultado de la cirugía estética se pueden generar dos situaciones, a saber: (i) si el médico le aseguró al paciente un resultado que no se obtuvo, el primero será

responsable, salvo los casos de fuerza mayor o caso fortuito; (ii) el galeno no aseguró un resultado, donde se aplicarán los presupuestos de la culpa.

Así las cosas, el consentimiento informado en este tipo de procedimientos variará de acuerdo a si el profesional de la salud se comprometió u obligó a obtener un resultado. En este caso, el consentimiento informado se hace más exigente, debido a que el facultativo será más cuidadoso en el deber de informar sobre la cirugía y los riesgos inherentes a la terapéutica a aplicar. Esto, con el fin de que el paciente los conozca y determine, si está dispuesto a someterse a determinado procedimiento de cirugía estética.

Más tarde el tribunal supremo profirió la sentencia del 30 de enero de 2001, con ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez. En esta decisión solucionó el caso del paciente que acudió al médico por una molestia en uno de sus oídos, generándole tinnitus (constante sonido o tintineo en un oído) y daños en el tímpano, como consecuencia de la intervención que se le practicó.

La providencia analizó las obligaciones que contrae el galeno, que pueden ser de medio (regla general) o de resultado. Un ejemplo de estas últimas es precisamente las que conllevan las cirugías con fines estéticos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001).

Esta división de obligaciones es muy útil para determinar los deberes jurídicos que debe asumir el profesional de la salud, para que posteriormente se determine el régimen de la carga de la prueba. La sentencia en mención analizó las obligaciones de resultado y a manera de *obiter dictum*, hizo referencia al consentimiento informado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001).

Respecto al deber de informar por parte del facultativo, recurrimos a GALÁN (1999), cuando afirma: “*el médico tendrá que informarle a su cliente de una manera muy precisa, señalándole todos los riesgos, incluso [...] los excepcionales que se puedan correr en este tipo de cirugía*”.

Como se dijo, es imprescindible acá conocer el desarrollo que ha tenido el consentimiento informado en otros países. En España, la sentencia proferida por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, del 3 de octubre de 2000, decidió la demanda originada por el resultado de la realización de una vasectomía, que presuntamente fue mal practicada, y tuvo como consecuencia que la esposa del paciente quedara embarazada, motivo por el cual el paciente reclamó el resarcimiento del daño sufrido.

El tribunal español determinó que existen cirugías a las “*que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo*”, procedimientos en los cuales se debe brindar mayor información, por lo que expresó el deber de comunicación por parte del galeno respecto de “[...] *los riesgos y pormenores de la intervención*” (Tribunal Supremo, sentencia del 3 de octubre de 2000, Exp. 7033/2000).

Ahora bien, y retomando el avance jurisprudencial sobre el tema objeto de estudio en Colombia, nos ocuparemos del fallo promulgado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 19 de diciembre de 2005, cuando decidió la demanda perpetrada por una bailarina, que se sometió a una cirugía con fines estéticos y cuyo resultado no consideró satisfactorio (le quedaron cicatrices en su cuerpo), por tal motivo, solicitó indemnización.

En cuanto al consentimiento informado, la Corte resaltó la importancia que reviste este derecho, considerando que la carga de la prueba corre a cargo del profesional de la salud y concluyendo que es al facultativo quien corresponde ilustrar al paciente respecto de la naturaleza del tratamiento, los riesgos, inconvenientes y expectativas de la intervención quirúrgica que le va a practicar.

Más allá, acerca de la condición humana y la dignidad de la persona sostuvo acertadamente, lo siguiente:

No se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie —y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal—, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre 19 de 2005, Exp. 5497).

Observamos la importancia que reviste suministrar al paciente la información en este tipo de procedimientos, la cual se hace fundamental, por cuanto incide directamente en la decisión que pueda determinar el paciente de realizarse o no una cirugía estética.

Al respecto, GALÁN (1999) considera:

[...] La responsabilidad en la cirugía estética puede nacer, con relativa frecuencia, de la ausencia de la debida y correcta información, por lo que, en su sentir, nunca se insistirá bastante en este punto, dado que existe una responsabilidad precontractual, que opera en la formación del consentimiento otorgado por el paciente, persona natural, desconocedora de las estadísticas de resultados, de las consecuencias adversas, de los rechazos y excepciones, que al no haber sido informada de ello, ha contratado un error inducido por la contraparte.

Se trata entonces, de un consentimiento informado cualificado, en el que su validez depende de la correcta ilustración brindada al paciente, lo cual incluye información sobre los riesgos, las consecuencias, las técnicas y los beneficios de este tipo de cirugías.

El Consejo de Estado, en el fallo del expediente 11301, con fecha 22 de mayo de 1996, referente a estas intervenciones manifestó a modo de *obiter dictum*, que:

La cirugía estética es uno de aquellos actos quirúrgicos en que la doctrina ha venido señalando la obligación de resultado al menos en la ejecución formal de la restauración o corrección procurada. Ejecutada una rinoplastia conforme al planeamiento concebido previamente, se cumple un resultado, aun cuando el proceso de sanación sí sea de la órbita de los cuidados calificados [...] en cuanto a las prevenciones y exámenes necesarios para que dentro de los cánones normales del ejercicio se prevea en circunstancias normales un buen suceso de la ablación y del injerto [...]. En cuanto a la obligación de resultado, que se garantiza basta con probar, no la culpa sino la inejecución de la prestación debida (Consejo de Estado, 22 de mayo de 1996, Exp. 11301).

Decimos entonces que la cirugía estética para el Consejo de Estado es de resultado. Esta tesis puede ser corroborada con lo establecido por esa misma corporación en la sentencia del 5 de diciembre de 2002, expediente 13546. Se trata del caso de la paciente que sufría de “*nevus vascular (malformación vascular de bajo flujo sanguíneo de tipo capilar, constituido por vasos capilares con ectasia, vénulas y*

canales vasculares localizados en las capas papilar y reticular de la dermis)”, enfermedad que se pretendía corregir mediante una cirugía practicada en su rostro. No obstante, se obtuvo como resultado un rostro con cicatrices tipo queloides y necrotización de las heridas. Motivo por el que la señora sintió que se le había ocasionado un daño.

Del análisis realizado en esta providencia, se colige que el régimen de responsabilidad se hace más exigente cuando se trata de cirugías estéticas y de obstetricia, casos en los cuales se considera como una actividad de resultado. Con esta determinación, creemos, se dejó por fuera el caso en que el médico no se compromete a obtener un resultado específico, esto debido a los riesgos inherentes a ciertas cirugías estéticas, caso en donde consideramos que la obligación es de medio.

Respecto a si la obligación es de medio o de resultado, nos adherimos a lo manifestado por GALÁN (1999), al afirmar que se trata de una obligación de medios acentuada, excepto cuando el médico se halla comprometido expresamente a un resultado, en donde la obligación será siempre de resultado. Dicho autor manifiesta respecto del cirujano estético:

[...] Su condición no puede ser peor que la de cualquier otro tipo de cirujano, en cuanto en esta cirugía también interviene el azar o elemento aleatorio, consustancial a toda actuación quirúrgica, dada la incidencia, en su evolución posterior, de múltiples y variados factores endógenos y exógenos que pueden truncar el fin o el resultado perseguido (GALÁN, 1999, p. 268).

Otro tema que se debe analizar del consentimiento informado en cirugías estéticas es el de la publicidad engañosa, que se puede dar de diversas formas: prometiendo resultados que no se pueden obtener o cuando se ocultan determinados riesgos conocidos, pero se presentan como un procedimiento sencillo, entre otras situaciones que induzcan al engaño.

Para examinar ello, tomaremos la sentencia del Tribunal Superior Español, del 14 de octubre de 1988, expediente 7118/1988. Se trata del caso de unos médicos que ofrecían un tratamiento mediante el cual se eliminaba el vello del cuerpo. Además, garantizaron el servicio haciendo la devolución del dinero, en caso de que los resultados no fueran satisfactorios. Posteriormente, ante el inconformismo de muchos pacientes que acogieron el tratamiento ofrecido, pues no observaron cambios en su cuerpo, exigieron la devolución de su dinero, pero, ante la solicitud los galenos se negaron.

Respecto del vicio al consentimiento otorgado en estos casos, el Tribunal español manifestó la forma clara como se evidenció el dolo por parte de los médicos, al haber incurrido en engaños dirigidos a sus pacientes y haber obtenido el consentimiento para realizar el procedimiento, a sabiendas de que los resultados esperados por sus usuarios no iban a ser satisfactorios (Tribunal Supremo, sentencia del 14 de octubre de 1988, Exp. 7118/1988).

Nótese cómo, de una mala información suministrada al paciente por el galeno, se puede viciar el derecho al consentimiento informado, el cual depende únicamente del deber que tiene el médico de transmitir de forma veraz la información. Lo anterior, con el propósito de que el paciente se haga una idea clara de la terapéutica que se le va a aplicar y con esta información pueda tomar una decisión libre de vicios. De lo analizado anteriormente, observamos que el consentimiento informado en cirugías estéticas es más exigente, debido a que estas terapéuticas son consideradas como obligaciones de resultado.

Al ser considerada la cirugía estética como una obligación de resultado, es imperativo dejar por escrito el consentimiento informado, evitando caer en la simple firma de un documento sin que exista de por medio suficiente información respecto de la terapéutica que se desea aplicar. En este tipo de cirugías, se parte del presupuesto del buen estado físico del paciente, por lo que su situación no puede empeorar con la intervención quirúrgica que se le haga. Por ello, hacemos un especial llamado a no dar información engañosa. De darse esta, posteriormente puede comprometer la responsabilidad de un ente hospitalario o de un profesional de la salud.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ESTERILIZACIÓN

La esterilización en personas que padezcan enfermedades mentales depende del consentimiento futuro que estas puedan otorgar, tema ampliamente explicado anteriormente.

En el caso de esterilización de personas con plenas capacidades mentales, el consentimiento es imprescindible y necesariamente debe darse, para no incurrir en vicios a futuro. Para ello, se estudiarán las providencias proferidas por el Consejo de Estado, quien sobre este tema ha tenido un criterio uniforme. Adicionalmente, se revisarán algunas

providencias del Tribunal Superior Español. Estas últimas nos permitirán establecer los elementos a reunir al momento en que el galeno solicite el consentimiento para practicar la cirugía de esterilización.

Podemos empezar trayendo a colación la sentencia fallada por el Consejo de Estado, expediente 7795, del 9 de julio de 1993, una de las primeras decisiones sobre la cuestión, después de entrar en vigencia la Constitución de 1991. La providencia estudió el caso de una paciente a la que se le realizó una cesárea y posteriormente se le practicó una tubectomía, sin contar previamente con su autorización ni la de sus allegados.

El consentimiento informado en este tipo de procedimientos reviste gran complejidad. Si no se solicita en debida forma, se incurre en responsabilidad, a pesar de existir excepciones legalmente consagradas, como es la urgencia manifiesta. En estos casos siempre se debe contar con el consentimiento del paciente, de lo contrario se está ante un vicio en el mismo. Así lo manifestó el Consejo de Estado:

[...] Se le practicó la tubectomía esterilizante “pomero”, sin su consentimiento, aunque por razones médicas o según dice el médico tratante, de protección para la salud e inclusive la vida de la paciente. No obstante, confrontando este criterio con el de los otros deponentes, médicos también y que conocieron directamente el caso, no aparece a nuestra vista de una necesidad estricta la operación, la tubectomía tipo “pomero” [...]. Que “[...] la causa más frecuente para practicar tubectomía, es a solicitud y el deseo de la paciente de someterse a un procedimiento que la esterilice con el propósito de no tener más familia. Hay otras causas de tipo estrictamente médico que serían procesos inflacionarios, tumores y otras patologías asociadas al sistema reproductor que pudieran implicar necesidad para salvar la vida de la paciente (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1993. Exp.7795).

La máxima instancia contencioso-administrativa determinó que es necesario el consentimiento informado en procedimientos de esterilización, con la previa autorización del paciente o de sus allegados. Pero, en el caso que sea la misma paciente quien consienta, este no debe solicitarse inmediatamente después del parto, por cuanto confluyen situaciones de estrés postparto que impiden la objetividad en la decisión y la correcta comprensión de los riesgos. Razón por la cual, es preciso esperar a que la convaleciente tenga un tiempo para reflexionar sobre la posibilidad de aplicar el procedimiento de esterilización.

Esta providencia hace notar la relevancia que tiene la dignidad de la persona y su relación con el consentimiento informado, al expresar:

[...] Por principio, el enfermo tiene el derecho de libre elección entre las opciones que le presente el profesional de la medicina, salvo el evento en que de la no intervención surja un riesgo grave para la salud pública. Los enfermos no pueden ser colocados en situaciones de tal dependencia y sumisión, que su dignidad personal resulte, a la postre, a merced del personal encargado de su asistencia. Su desvalimiento exige, como lo recuerda bien el profesor Jesús González Pérez, “... que se le rodee de unas garantías eficaces que le protejan frente a cualquier olvido de su condición de persona”. Por ello agrega: “Sorprende que en las distintas normas reguladoras de la sanidad y, concretamente, de los hospitales, se haya olvidado aspecto tan esencial”. [...] Ella podía decidir, a su sola voluntad, si corría el riesgo de tener un nuevo hijo o de no tenerlo. Podía también aceptar, con resignación cristiana, el sufrimiento, aceptando inclusive la muerte (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1993. Exp. 7795).

Cuando se aplaze la realización de la terapéutica y no corra riesgo la vida del paciente, siguiendo con el fallo del Consejo de Estado del 9 de julio de 1993, se debe solicitar el consentimiento expreso de este o de sus allegados y deben concurrir los elementos explicados en el capítulo anterior. Asimismo, es necesario considerar la situación del paciente que se encuentra en una situación de angustia, debido a que este puede no comprender en su totalidad el tratamiento, los riesgos y las consecuencias.

Posteriormente, en sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 16098, el Consejo de Estado trató la esterilización desde el punto de vista de la histerectomía. Los hechos de esta providencia ocurrieron en 1993, en el momento en que, fruto del diagnóstico de los profesionales de la salud, le detectaron a una mujer quistes en los ovarios, motivo por el cual se sometió a un tratamiento para solucionar su padecimiento. Como resultado de este y de los exámenes realizados se detectó que la señora estaba embarazada y además padecía de miomatosis uterina.

Esta paciente presentó dolores intensos y sangrado, por lo que acudió al médico, quien luego de examinarla informó que había sufrido un aborto. Por esta razón, le practicó limpieza y ordenó una patología del tejido extraído. La paciente le solicitó al facultativo la realización de una cirugía con el propósito de quitar los quistes en los ovarios y los miomas, decisión que tomó la señora porque deseaba

tener un hijo. No obstante, el resultado de la intervención quirúrgica fue contrario al deseo de la paciente, porque el galeno le realizó una histerectomía, sin obtener el previo consentimiento informado, y luego uso en su defensa la autorización general dada por la paciente, argumento que el Consejo de Estado no tuvo como válido.

En tal fallo, se estableció que las autorizaciones genéricas no se pueden entender como consentimiento informado. Al modo de ver del juez contencioso, este tipo de autorizaciones no poseen los elementos del consentimiento informado, debido a que no explican ni tampoco informan sobre una terapéutica en particular, de forma detallada, oportuna y completa la naturaleza de dicho procedimiento médico ni los riesgos del mismo. Por lo tanto, consideramos que estamos ante un caso de vicio del consentimiento.

Al respecto, el tribunal se basó en una referencia de concepto común para sustentar dicha postura, tomando el caso de una niña que quedo parapléjica, como consecuencia de una cirugía que no fue consentida. Es así como dicha corporación reiteró que, tratándose de una decisión del paciente, que debe ser tomada de forma individual, sin coacción alguna, el galeno debe explicar todas las alternativas, las complicaciones y los posibles resultados de una terapéutica. Para ello, la información debe ser clara, completa y explicada al paciente en forma comprensible.

En este orden de ideas, el consentimiento idóneo, en palabras del Consejo de Estado, se da *“cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente”* (Consejo de Estado, sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp. 16098).

Para el caso de análisis, la corporación contenciosa se percató de que el consentimiento informado no se había dado. Además, el profesional de la salud no explicó claramente al paciente acerca de las consecuencias de una histerectomía. Por consiguiente, el juez no consideró como válida la autorización. Si bien en el caso concreto existía un documento firmado por el paciente, se estimó que dicho papel no formaliza el consentimiento informado *per se*, debido a que no materializa la voluntad del enfermo. Ante esta omisión, el Consejo de Estado manifestó que se incurrió en falla del servicio.

En la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 19101, la misma corporación confirmó la necesidad de contar con el consentimiento informado en los procesos de esterilización en la mujer. De no ser así, se incurrirá en falla del servicio y vulneración de los derechos a que tienen las personas.

Igualmente, manifestó que la falla del servicio se genera por el acto médico propiamente dicho (diagnóstico, tratamiento e intervenciones quirúrgicas), así como por las demás *“actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo”*. Dentro de las cuales se encuentra el derecho al consentimiento informado, necesario para la existencia válida del acto médico (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 19101).

Respecto de las características que debe tener el consentimiento informado, el Tribunal Supremo de España, en providencia del 3 de octubre de 2000, expediente 7033, sostuvo que la información debe ser completa, continua, verbal y escrita y debe incluir el diagnóstico, el pronóstico y las posibles alternativas.

Todo lo anterior, con el objeto de que el paciente decida libremente y se genere un verdadero consentimiento informado. La información dada por el facultativo es determinante para la elección o rechazo de una terapéutica. Notemos que se hace énfasis en la necesidad de dejar por escrito el consentimiento informado, sin que sea obligatorio.

Por último, se hace importante mencionar que la ausencia de información vicia el consentimiento. En este sentido, apropiadamente el Tribunal Superior español manifestó:

[...] Como consecuencia de ello, podemos añadir aquí que la información cuya ausencia vicia el consentimiento no es solo la del riesgo de fracaso, en sí mismo, de la intervención, sino también la de las posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente hasta el momento en que este pueda ser dado de alta puede comportar, así como de la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora (Tribunal Supremo, STS 7033, 2000).

En sentencia del mismo Tribunal Supremo, con fecha 29 de marzo de 2006, expediente 1786, se estudió el caso de una persona:

[...] Que se sometió con la finalidad de evitar un ulterior nacimiento de un niño no deseado que pudiera tener como tiene el actor la enfermedad de Huntington. Pese a someterse a dicha vasectomía con tal fin, posteriormente tuvo un hijo con dicha enfermedad, lo que generó a los recurrentes los perjuicios económicos y daños morales por los que reclaman.

Para decidir lo fallado en la providencia, este tribunal expresó la importancia de la asunción de riesgos, que deben ser informados al paciente por el galeno. Se trata de una comunicación que incluye: el diagnóstico, el pronóstico, las posibles alternativas y los riesgos. Después de haber sido suministrada la información, lo que se hace imprescindible, le corresponde al paciente decidir si aplica o rechaza una terapéutica.

El propósito de la información de riesgos es advertir al paciente de las consecuencias adversas de determinado tratamiento, que pueden acaecer, pese al seguimiento de los procedimientos y la *lex artis* de determinada terapéutica. Tenemos como ejemplo el caso de la sentencia estudiada, en la cual el paciente fue informado de los riesgos inherentes a la vasectomía, dentro de los cuales estaba la posible recanalización de los conductos ligados. Dicho riesgo fue aceptado por el paciente. Al ser consentido no puede atribuir responsabilidad a la administración (Tribunal Supremo, STS 1786, 2006).

En providencia del 17 de febrero de 2010, el Tribunal Supremo español, analizó un caso en el cual se determinó que el consentimiento informado que autorizó la histerectomía fue adecuado, contrario de lo afirmado por la parte demandante. En este sentido, manifestó:

Por otra parte el documento citado se ajustaba a lo que exigía en el momento de su suscripción la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril, en el artículo 10.5 cuando disponía que: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”, exigencias que es obvio que el documento cumplió satisfactoriamente (Tribunal Supremo, STS 574, 2001).

Observamos cómo, de ser otorgado el consentimiento en debida forma, libera de responsabilidad al galeno, en lo concerniente a este derecho. Este asentimiento debe ser comprensible, escrito y realizado por el profesional de la salud que realizó el procedimiento. Además, se deben explicar las posibilidades existentes y los riesgos de la terapéutica.

3. EL CONSENTIMIENTO EN PROCEDIMIENTO DE ANESTESIA

Otra forma de consentimiento informado puede darse en la realización del procedimiento de anestesia. Para una mejor comprensión del tema, debemos explicar: la anestesiología está regulada por la Ley 6 de 1991, *por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones*, y el Decreto 97 de 1996, los cuales preceptúan que se trata de:

“[...] Una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además, se integra una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad”. Para el ejercicio de esta especialidad de la medicina se requiere tener un título de postgrado que lo acredite (Consejo de Estado, sentencia del 12 de octubre de 1993, Exp. 8148; sentencia del 14 de diciembre de 1993, Exp. 7854).

Los procedimientos con anestesia, al igual que cualquier terapéutica, requieren consentimiento informado previo a su aplicación, basado en exámenes tendientes a analizar el estado físico del paciente y las complicaciones que pueda tener con la aplicación de esta.

Teniendo en consideración lo anterior, el galeno tiene el deber de informar al paciente o a los familiares sobre el riesgo del acto anestésico y del procedimiento, todo con el fin de obtener el consentimiento informado. Aquí sobresale que se debe realizar un análisis previo y necesario para el otorgamiento del consentimiento informado, así lo establece la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, organismo parte del Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología en Colombia, órgano de carácter asesor, consultivo y de control del ejercicio de la anestesiología (Congreso de la República, Ley 6, 1991, art. 13).

El Consejo de Estado ha manifestado la necesidad de que sean practicados dichos exámenes, previos a la intervención quirúrgica, pues de no hacerlo puede afectar la salud y vida del paciente (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, Exp.15.726; sentencia del 15 de octubre de 2008, Exp. 16350; sentencia de enero 28 de 2009, Exp. 16700).

En su momento, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de marzo de 2010 analizó y desestimó el recurso de casación, aduciendo la falta de requisitos formales, en el caso bajo su estudio: los hechos de este tienen origen, dado el deceso de una señora, que se sometió a una cirugía del ojo derecho. Inicialmente, por las enfermedades que padecía y los medicamentos que ingería, le aplicaron anestesia local. Sin embargo, la operación se complicó y se tomó la decisión de aplicarle anestesia general. Esto generó problemas, por los que la paciente falleció. Sobre el particular, la Corte indicó

[...] De todas maneras el aspecto destacado que no fue objeto de ninguna clase de reparo y sirve para dejar enhiesta la afirmación contenida en el fallo, en cuanto a que en el supuesto de acreditarse que no hubo consentimiento informado expresado por la paciente a través de la persona que firmó a ruego suyo el respectivo escrito, tampoco podría modificarse la decisión denegatoria, por cuanto no enerva el aserto del Tribunal en el sentido de que debido a las complicaciones que se produjeron durante la intervención con anestesia local, el médico tratante estaba facultado por el propio ordenamiento jurídico, en armonía con los protocolos propios de la ciencia, a aplicar la sedación general, la que además, empleó adecuada y correctamente, tal como da cuenta la prueba técnica obrante en autos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de marzo de 2010).

El debate giraba acerca del consentimiento otorgado por la señora, el cual fue firmado por otra persona a ruego de esta, puesto que era analfabeta. Aunado al hecho, le fue aplicada la anestesia general por las complicaciones presentadas durante la operación.

Creemos que, en torno al primer cuestionamiento, no existe problema, en la medida en que la paciente recibió información de los riesgos y consecuencias del procedimiento, que no pudo ser firmado por ella, debido a su imposibilidad para escribir. Por lo que la Corte entendió que el consentimiento en el caso objeto de análisis existió.

En lo que respecta a la posterior aplicación de la anestesia general, diferimos de la posición tomada por esta corporación. En efecto, como se reconoció en su decisión, existían unos exámenes previos que mostraban la situación física de la señora, que impedía la aplicación de anestesia general, por cuanto podía afectar su vida. Si bien se puede estar en el supuesto de la urgencia manifiesta, esto no es óbice para que el cuerpo de profesionales de la salud omitiera el peligro que se corría con la aplicación de anestesia general, la cual presuntamente trajo consigo la muerte de la paciente.

Consideramos que en este caso se omitió el consentimiento informado, el cual –como lo hemos repetido– está encaminado a proteger la vida del paciente, posición que es afín a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y que hace referencia a la obligación que tiene el médico de no someter al paciente a riesgos injustificados.

Por su parte, el Tribunal Supremo español, en sentencia del 26 de marzo de 2012, resolvió el caso de la señora que se encontraba en estado de embarazo. En aquella oportunidad, el facultativo decidió realizarle una cesárea, en donde era necesaria la aplicación de anestesia. Luego de aplicarla, la madre falleció, presuntamente por el suministro de esta.

Esta providencia dio lugar al recurso de casación, estableciendo que no se le informó adecuadamente a la paciente y manifestando: “[...] *El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos*”.

Igualmente, sostuvo que no cualquier situación de riesgo puede dar lugar a la omisión del consentimiento informado, pues dicha circunstancia debe estar cualificada con real inmediatez y gravedad. Resulta importante lo expuesto por este tribunal, en el sentido de afirmar que el galeno debe encontrarse en una situación de urgencia manifiesta, para que omita el consentimiento. No basta con enfrentarse a un hecho riesgoso, que no perjudique realmente la vida de la persona, para omitir esta autorización. Así lo hemos hecho ver a lo largo de lo dicho, como hemos resaltado que el consentimiento informado es un derecho de especial relevancia constitucional, que debe serle respetado y garantizado al paciente.

Respecto a la información acerca de los riesgos en procedimientos anestesiológicos, el tribunal español manifestó que no se le informó adecuadamente sobre todos los riesgos que comportó la intervención quirúrgica en relación con la aplicación de la anestesia.

Así, consideró que la *lex atis* fue quebrantada, al afirmar en uno de sus apartes: “[...] En la prestación del consentimiento informado al no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los posibles riesgos derivados del parto por cesárea mediante la técnica de anestesia y el subsiguiente tratamiento profiláctico” (Tribunal Supremo, sentencia del 26 de marzo de 2012).

Tenemos que el consentimiento informado en procedimientos de anestesia requiere de especial atención, por cuanto este depende necesariamente del resultado de unos exámenes específicos y detallados, que son soporte para el médico y su posterior concepto sobre la forma de aplicar la anestesia, ya que pueden confluír circunstancias, como la presentación de alergias, que comprometan gravemente la vida del paciente.

Con todo lo anterior, consideramos que, si bien la obligación del galeno es de medio, se hace más exigente, por cuanto se debe esmerar en analizar las variables que en determinada persona puede presentar la aplicación de anestesia. Luego de realizar un estudio riguroso, debe informar sobre los riesgos que puede comportar la terapéutica y como mínimo acerca de los siguientes riesgos: que no sean de gravedad y de común ocurrencia, los de gravedad y de común ocurrencia, y los de gravedad y de poca ocurrencia. Esto, con el fin de dar a conocer al paciente las posibilidades a las que se puede ver enfrentado, con la aplicación de terapéuticas de tipo anestesiológico.

CAPÍTULO IV

EUTANASIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. EL DERECHO A LA VIDA Y SU COLISIÓN CON OTROS DERECHOS

La vida es un derecho humano fundamental, cuya titularidad implica la posibilidad de disfrutar de los otros derechos. Esta garantía comprende entonces el hecho de no ser privado de la vida arbitrariamente, pero también, y más allá, a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

A continuación, analizaremos las colisiones del derecho a la vida con tres derechos trascendentales: (a) derecho a la libertad de culto; (b) derecho a decidir sobre nuestro propio cuerpo; y (c) derecho a la muerte digna.

(a) Colisión con el derecho a la libertad de culto

Nuestro Estado concede a cada persona la opción de elegir la religión que más se ajuste a sus convicciones, principios y opiniones. Esta libertad la adquiere cada individuo al nacer y le permite optar por guiar su vida de acuerdo a los fundamentos morales, religiosos y éticos con los cuales los demás pueden o no estar de acuerdo. El derecho a la libertad de culto nos permite, ante el Estado y los demás, desarrollar los aspectos vinculados a la religión dentro de los límites establecidos. Dichas libertades están contenidas en la Constitución colombiana (SIERRA, 2009).

Según el artículo 18 de la Constitución Política se garantiza la libertad de conciencia. Esto nos sitúa en un contexto en el cual se establece que ningún ciudadano colombiano será cuestionado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas.

A su vez, el artículo 19 protege la libertad de cultos en tanto dispone que toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión, así como a difundirla en forma individual o colectiva. Por último, aclara que todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

De acuerdo con la Sentencia T-823 de 2002 conferida por la Corte Constitucional, el derecho a la libertad religiosa es:

[...] Aquel que le permite a cada persona de forma independiente y autónoma creer; descreer o no creer en una determinada religión como medio de separación entre lo sagrado y lo profano, reconociendo a cada hombre su derecho a mantener la integridad de sus creencias, de alterar sus convicciones religiosas o de asumir posturas ateas o agnósticas [...].

Añade, además, que la libertad religiosa ampara a todas aquellas manifestaciones, creencias y fenómenos individuales o colectivos que relacionan al hombre con la concepción de una existencia suprema o preeminente a partir de los cuales sus seguidores pueden asumir pilares de comportamiento destinados a enaltecer su espíritu y a fijar parámetros éticos que delimiten su conducta.

La sentencia también establece que es deber del Estado asegurar que todos los creyentes tengan la libertad de actuar según sus propias convicciones y de prohibir coacciones o impedimentos que restrinjan el compromiso asumido por ellos de conducirse según lo que profesan. Sin embargo, respecto a la convivencia de la libertad de culto con otros derechos, aclara que su ejercicio es lícito mientras no se lesione ni amenace otros derechos fundamentales ni se atente contra el bienestar general.

Cuando un paciente se niega a recibir cualquier intervención médica por motivo de sus creencias u alguna objeción de conciencia, la Corte señala que por tener la vida un carácter prioritario y el derecho a la salud un carácter irrenunciable, no es admisible que ciertos grupos religiosos pretendan limitar el acceso de sus fieles a la ciencia médica, intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para proteger sus derechos fundamentales con el pretexto de aplicar una determinada doctrina.

A partir del reconocimiento de la libertad y autonomía del hombre surge el mandato imperativo de la ética médica, según el cual “nadie puede disponer sobre otro”. Este precepto normativo exige el

consentimiento informado del paciente como requisito para adelantar cualquier tipo de tratamiento clínico que exija el mejoramiento de un estado patológico. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que legitiman a dichos profesionales para actuar sin consentimiento alguno: “1. En casos de urgencia; 2. cuando el estado del paciente no es normal o se encuentre en condición de inconsciencia y carezca de parientes o allegados que lo suplan; y 3. cuando el paciente es menor de edad” (Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 2002).

Por último, si irremediablemente el médico y la junta estiman improcedente practicar un tratamiento en las condiciones expuestas por el paciente, este debe buscar los servicios de quien, según su buen criterio, pueda prestarle la asistencia médica y quirúrgica necesaria conforme a los parámetros de su voluntad.

Concluye entonces la sentencia que en caso de existir contradicción entre las decisiones que una persona adopta en virtud de su culto o religión y el derecho fundamental a la vida, con todo lo que él comporta, debe prevalecer este último como derecho prioritario e inviolable.

(b) *Colisión con el derecho a decidir sobre nuestro propio cuerpo: el caso del aborto*

- El aborto actualmente es un derecho que supone la libertad de las mujeres de decidir sobre el propio cuerpo y su propia vida. A partir de la sentencia C-355 de 2006, expedida por la Corte Constitucional, y en contraposición al derecho a la vida, el aborto en Colombia está permitido, pero solo en los siguientes casos:

(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Corte Constitucional, Sentencia C-355, 2006).

El artículo 122 del Código Penal establece la pena en que se incurrirá por la práctica del aborto en los casos no despenalizados por la Corte Constitucional de la siguiente manera: “*La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en*

prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

Aclara la sentencia, además, que a pesar de la relevancia que tiene la vida en la Constitución, no tiene un carácter absoluto, y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

Algunos fragmentos de la sentencia resaltan la importancia de tener en cuenta la dignidad humana, cuando se debate un tema tan importante como el aborto; por ejemplo, el siguiente:

La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. [...] El legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear [...]. El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-355, 2006).

Para la Corte, no permitir el aborto bajo ninguna circunstancia constituye un detrimento hacia la mujer en ejercicio pleno de sus derechos, en tanto que es un ser autónomo, libre, dueña de su cuerpo, de su proyecto de vida, y esa es la razón jurídica por la cual permite el aborto en las tres situaciones mencionadas anteriormente.

2. EL DERECHO A LA VIDA Y SU COLISIÓN CON EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE

La Sentencia T-102 de 1993 estableció que, de acuerdo con la Constitución Política de 1991, la vida es un derecho inalienable que vincula al Estado en dos sentidos: respeto y protección. El artículo 11 de la Carta también consagra la vida como un derecho fundamental y reconoce su inviolabilidad. Por ende, al ser la vida un derecho de

esta índole, no puede ser vulnerado. Según esta misma sentencia: “*La vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones*”.

Dada la relevancia que tiene el derecho a la vida en el Estado colombiano, existe una tensión entre este y el derecho a la muerte digna, puesto que el segundo no busca proteger la vida, sino acabarla cuando le ocasiona dolor y sufrimiento insoportable al paciente que padece una enfermedad terminal.

Cuatro años más tarde de expedida la Sentencia T-102 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-239 de 1997, no solo argumentó que la eutanasia y otras prácticas médicas, bajo determinadas condiciones no son delito, sino que también reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de fundamental. De igual manera, fijó algunos criterios para que el legislador reglamentara ese derecho y estableciera pautas y procedimientos, entre otros aspectos, a fin de materializarlo. Citamos a continuación fragmentos de la sentencia:

[...] Si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad [...]. El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 1997).

Desde el artículo 1 de la Constitución Política evidentemente se marcó el norte en la decisión que adoptó la Corte, al contemplar que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana. Esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. La Corte lo expresó de la siguiente manera: “*La dignidad humana [...] es en verdad principio fundante del Estado, que más que*

derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 1997).

Los mayores de edad que posean capacidad jurídica tienen el derecho legítimo a rechazar cualquier tratamiento para alargar su vida, dicho derecho se ampara en la autonomía del ser humano, que en este caso se expone en la decisión del paciente de morir dignamente, entendida como una muerte sin dolor y compasiva.

Ahora bien, ya entrando en materia al plantearse la colisión existente entre el derecho a la vida y el derecho a morir dignamente, cabe considerar que es el paciente quien concede la autoridad a las personas competentes para que le ayuden a ejercer su derecho a rechazar cualquier tratamiento o actuación médica que prolongue su vida. Y lo hace a través de la eutanasia, cuyo significado, etimológicamente, es el de “buena muerte”. En su uso actual, para PÁNIKER (1998) se entiende como una: *“acción u omisión destinada a provocar la muerte de un enfermo debidamente informado de su estado y pronóstico, a petición libre y voluntaria de este, y con el fin de evitarle sufrimientos que le resulten insoportables”* (p. 87).

Como se puede inferir, la eutanasia está estrechamente ligada con la disposición de la vida, la autonomía de las personas y la dignidad humana. A su vez, sostiene este mismo autor que la eutanasia es un procedimiento que abarca dos sucesos. El primero, es la decisión legítima del paciente que padece una enfermedad terminal y dolorosa de detener su vida de la manera que considera digna. El segundo, consiste en la actuación médica que asegurará su muerte. El proceso se limita a las personas capaces que hayan manifestado su voluntad durante la enfermedad o antes de esta (PÁNIKER, 1998).

Ahora, la Sentencia T-970 de 2014, conferida por la máxima instancia constitucional de Colombia especifica las diferentes formas en que puede practicarse la eutanasia, destacándose entre ellas la activa y la pasiva. La eutanasia activa se presenta cuando la muerte del paciente se ocasiona por suministrarle directamente algún tipo de droga o realizarle intervenciones en busca de causar la muerte. Por otra parte, la eutanasia pasiva ocasiona la muerte del paciente culminando todo tipo de actividad terapéutica que prolongue su vida.

Existen otros términos empleados para referirse a los que se consideran diferentes tipos de eutanasia, como, por ejemplo, eutanasia

directa e indirecta. Con respecto a lo anterior, nos remitimos a las definiciones que al respecto proponen LORDA *et. al.* (2008):

[...] Las expresiones “eutanasia voluntaria” y “eutanasia involuntaria” son innecesarias y confusas. La eutanasia siempre es, por definición, voluntaria, y la eutanasia involuntaria no es eutanasia, sino homicidio. Lo mismo puede afirmarse de expresiones como “eutanasia directa” o “eutanasia activa”, pues la eutanasia es, por definición, siempre ambas cosas y el problema de las contrarias, “indirecta” o “pasiva”, es que no son eutanasia. Todas estas expresiones, adjetivos y neologismos deberían ser abandonados en aras de la precisión y la claridad (LORDA *et. al.*, 2008, p. 274).

La eutanasia es el recurso que se presenta ante la desesperación y el sufrimiento de una persona que padece una enfermedad terminal. Para que la eutanasia sea realizada, debe ser solicitada por el paciente como evidencia de su autonomía, su voluntad y es deber de sus familiares y el personal médico respetar la decisión de quien ha dejado de vivir bajo las condiciones que considera dignas, y facilitarle los medios para el procedimiento.

A través de la Sentencia C-239 de 1997, la eutanasia fue despenalizada en el Estado colombiano, pero aún faltaba su reglamentación. Fue así como:

[...] Por medio de la Sentencia T-970 de 2014, la Corte Constitucional ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social impartir una directriz para la conformación de los Comités Científicos interdisciplinarios, cuya función principal será la de garantizar el derecho a la muerte digna de los pacientes en fase terminal que soliciten el amparo de este derecho, y que el mismo se materialice con la aplicación del procedimiento de muerte anticipada. En consecuencia, el Ministerio expidió la Resolución 1216 de 2015 (Ministerio de Salud, s.f, párr. 1).

Dicha Resolución, configura la organización y funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, de acuerdo con los casos y las condiciones establecidas en las Sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014. En esta se establece que, de manera previa a la realización del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, se verificará el derecho que tiene la persona a la atención en cuidados paliativos. Cuando aquella desista de optar por tal procedimiento, se le garantizará dicha atención.

Ahora bien, y con el fin de referirnos a los lugares donde se puede conformar un comité científico para abordar tal finalidad, el ordenamiento jurídico concibe la posibilidad de convocarlo a través de cualquier institución prestadora de servicios de salud que tenga habilitado el servicio de hospitalización de mediana o alta complejidad, hospitalización oncológica o el servicio de atención domiciliaria al paciente crónico (Ministerio de Salud).

Para el efecto, cada comité estará conformado por un médico especializado en la patología que padece la persona, un abogado y un psicólogo o psiquiatra clínico. Dicho comité deberá verificar el diagnóstico del paciente como enfermo terminal, determinar si recibió cuidados paliativos y ratificar con el paciente y su familia la decisión de continuar con el proceso, entre otras funciones. En caso de no encontrar irregularidades, el comité debe programar el procedimiento en una fecha que el paciente indique o en un máximo de quince días calendario.

Si el médico delegado por el comité para realizar el procedimiento alega objeción de conciencia (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009), debe presentar por escrito su objeción al comité, el cual debe asignar a otro médico, en un plazo no superior a veinticuatro horas. Es importante resaltar que en cualquier momento el paciente puede desistir de la realización del procedimiento, que, por demás, no representa costo alguno.

La eutanasia, según la Resolución 1216 de 2015, puede ser solicitada por cualquier persona mayor de edad a su médico tratante, quien valorará su condición de enfermo terminal. El consentimiento debe ser expresado de manera libre, informada e inequívoca para que se aplique el procedimiento, y puede ser previo a la enfermedad terminal. En caso de que la persona mayor de edad se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, quienes estén legitimados para dar el consentimiento sustituto (Corte Constitucional, Sentencia T-1025 de 2002) pueden presentar dicha solicitud, siempre y cuando la voluntad del enfermo terminal haya sido expresada previamente mediante un documento de voluntad anticipada o testamento vital.

3. EUTANASIA: IMPLICACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE

La expresión “cuidados paliativos” trae consigo interrogantes y consultas para los cuales la bioética debe tener una respuesta. Hablar

de bioética de los cuidados paliativos, debemos tener claro su concepto (RODRÍGUEZ, 2012). De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, los cuidados paliativos se definen como: “*el cuidado activo total de los enfermos cuya enfermedad no responde al tratamiento curativo*” (OMS, 1990). Es posible deducir entonces que el cuidado paliativo es en sí una estrategia para enfrentar de una manera más adecuada todo aquel proceso patológico que se manifiesta previo el deceso, cuyo objetivo primordial es afirmar la vida y ayudar a reconocer que el morir es un proceso normal (TWYXCROSS, 2000).

La idea que tiene el hombre de morir dignamente ha dominado el debate bioético contemporáneo relacionado con el fin de la vida humana. Se afirma así que nadie tiene derecho a imponerle a otro que siga viviendo si no lo desea, y es cuando la eutanasia se manifiesta como un acto de compasión hacia el que padece y sufre una enfermedad.

De esta forma surgen una serie de principios relevantes en la atención de pacientes moribundos, y que a la vez permiten resguardar la dimensión ética del morir. Se trata de fundamentos que la doctrina –a partir de las reflexiones de RANDALL y DOWNIE (1996)– ha adoptado como los principios éticos relevantes en medicina paliativa (TABOADA, 2000): el de veracidad, de proporcionalidad terapéutica, del doble efecto, de prevención y de no abandono.

Siguiendo con lo anterior, el principio de veracidad es el fundamento de la confianza en las relaciones interpersonales. Consiste en comunicar la verdad acerca de la condición del paciente a él mismo y a sus familiares, pues posibilita su participación activa en la toma de decisiones. Cuando se trata de anunciar malas noticias, no se le debe ocultar la verdad al paciente, pues esto supone para el paciente sufrimiento y en sí mismo una injusticia. Por otro lado, el principio de proporcionalidad terapéutica radica en aceptar que nadie está obligado a utilizar todas las intervenciones médicas disponibles, sino, solo aquellas que le ofrecen un beneficio (RODRÍGUEZ, 2012).

El principio de doble efecto, por su parte, señala las condiciones que deben darse para que un acto que tiene un efecto bueno y otro malo, sea lícito. Las condiciones son: que la acción en sí misma sea buena, o por lo menos, indiferente; que el efecto malo que se prevé sea tolerado; que el efecto bueno no sea causado por el malo; y que el bien buscado sea proporcionado al eventual daño producido (HODELÍN, 2012).

El principio de prevención reside en que es una responsabilidad médica prever las posibles complicaciones que pueden presentarse en la evolución de una enfermedad. Además, se deben implementar medidas para precaver complicaciones y establecer las conductas que se adoptarán si estas se presentan. El último principio es el de no abandono, que establece que es inadmisibles abandonar a un paciente porque este rechaza determinadas terapias, o por nuestra intolerancia para enfrentar el sufrimiento y la muerte (TABOADA, 2000). Se tiene entonces el deber moral de permanecer junto a los pacientes desahuciados como prueba de respeto, aunque no sea tarea fácil.

En cuanto a las implicaciones respecto a la calidad de vida del paciente, el cuidado necesario de aquellos quienes enfrentan una enfermedad terminal requiere de la instauración en su entorno de cuidados paliativos y calidad de vida. La expresión “calidad de vida” se refiere “al ámbito que permite el desarrollo de todas las aspiraciones racionales de una persona. Integra lo espiritual, religioso, psicológico, cultural, social, económico, laboral y físico” (HERRERA, 2008, p. 468).

Con los avances actuales de la ciencia es posible acompañar a un paciente enfermo en las últimas etapas de su vida, cuando la enfermedad puede tratarse, pero no curarse. En estos eventos, los pacientes y sus familiares acuden a la denominada “medicalización de la muerte” (HERRERA, 2008). Se destacan acá tres procedimientos médicos en el tratamiento de un paciente con una enfermedad terminal: La eutanasia, la ortotanasia, y la distanasia (BIONDO, 2008). A continuación, hablaremos de la ortotanasia y la distanasia, como actitudes médicas diferentes a la eutanasia.

(a) *La ortotanasia y la calidad de vida*

Según HERRERA (2008) la ortotanasia:

Es la práctica de la eutanasia pasiva cuando se procura la muerte del paciente por la omisión de los cuidados médicos que prolongarían artificialmente la vida. Es la omisión de medios extraordinarios [...]. Sería la supresión o no implantación de medios técnicos para prolongar la vida artificialmente a una persona.

La ortotanasia consiste en las medidas encaminadas a mejorar la calidad de vida de los pacientes a los cuales se les ha pronosticado una muerte próxima. Estas medidas procuran aliviar el dolor y otras molestias. Por otra parte, se establece

su comodidad como prioridad, alimentándolo y brindándole la asistencia médica necesaria; así como movilizarlo y permitirle establecer comunicación con su médico, sus familiares, amigos, o, dado el caso, con el ministro de su religión, quien le proporciona apoyo psíquico y moral (GUTIÉRREZ, 2001).

La finalidad de la ortotanasia es proporcionar la más elevada calidad de vida a quien enfrenta una enfermedad terminal, comprendiendo que es esta última la que define el tiempo de vida y no el tratamiento que se suministre. Para que su práctica sea efectiva, las personas encargadas de atender al doliente deben estar capacitadas y organizadas, sobre todo aquellas que tienen un contacto más cercano y frecuente con él. A quien está próximo a morir se le debe acompañar en el lugar más apropiado, pudiendo ser en su domicilio, o en un hospital (GUTIÉRREZ, 2001).

Como vemos, la ortotanasia está comprometida con el acompañamiento y soporte al paciente en la brecha final de su vida, al establecerlo como prioridad, dejando a un lado los procedimientos artificiales.

(b) *La distanasia y la calidad de vida*

La distanasia es un procedimiento mediante el cual se prolonga, no la vida, sino el proceso de morir; teniendo como consecuencia una muerte lenta y, generalmente, llena de sufrimiento. Es comprendida como extender la vida artificialmente y sin beneficios para el paciente, su finalidad es retrasar al máximo la muerte (BIONDO, 2008).

Para GUTIÉRREZ (2001), la distanasia trae consigo el elemento crueldad, y ocurre cuando se aplican equipos en diferentes procedimientos diagnósticos y terapéuticos en enfermos graves o críticos. Estas medidas suelen ocasionar nuevas complicaciones que pueden terminar con la vida del paciente.

En la distanasia se emplean medidas desproporcionadas, cuyo beneficio es poco probable en pacientes graves de salud; además acarrearán riesgos, costos económicos y morales. El respeto a la dignidad del enfermo se manifiesta mediante la aplicación de medidas sencillas y sin riesgo, lo que se denomina “adistanasia”, que permite a los pacientes ser tratados en hospitales, cuartos aislados, o en su domicilio.

Sin duda, si al paciente se le quiere garantizar la dignidad y el respeto hacia él mismo y sus derechos, resulta indispensable conocer lo que implican los términos eutanasia, ortotanasia y distanasia anteriormente abordados.

(c) *La decisión del paciente a morir dignamente o a prolongar su sufrimiento*

Sin duda, el estado de salud de un paciente que atraviesa una enfermedad terminal, no solo tiene implicaciones para él mismo, sino además para las personas que le rodean. Respecto a la eutanasia, siempre ha sido un tema difícil de exponer, pues en la sociedad las opiniones acerca del tema se encuentran divididas. Algunas personas la consideran un homicidio, otras un quebranto a la ley divina, y encontramos también a quienes la ven como un acto de misericordia hacia aquel que padece una enfermedad incurable y dolorosa, que afecta directamente su ser, vida y dignidad.

Muchos ven la eutanasia como el último recurso al cual acudirían como medida cuando no exista esperanza para sí mismos o para un ser querido de recuperarse. En el caso de los familiares del enfermo, en su mayoría optan por combatir hasta las últimas instancias una enfermedad que la ciencia no puede revertir, y cuyo final es inevitable. Entonces alargan el doloroso proceso de morir mediante procedimientos que traen consigo consecuencias directas sobre el paciente.

Pero, ¿qué significa para un sujeto convivir con una enfermedad terminal? En la mayoría de los casos, ello involucra no poder hablar, desplazarse, realizar actividades del común o ser dependientes de otros la mayor parte del tiempo; además, representa sentir el dolor físico y psíquico que ocasiona la enfermedad, y no poder comunicarlo. Conlleva sufrir en silencio atrapado en su propio cuerpo. En muchas ocasiones, no se trata de meses, sino de años esperando una mejoría que no depende de tratamientos, sino de la misma enfermedad.

Para el paciente, un aspecto importante en este momento es el apoyo y compañía que reciba, el cual puede provenir de familiares, amigos, e incluso de la fe del mismo. Si alguien encuentra sustento y fortaleza en sus convicciones y creencias religiosas, se le debe permitir y ante todo escuchar.

Cuando transcurre un plazo de tiempo –que depende del padecimiento del sujeto–, y la enfermedad ha ido evolucionando, esta llega a representar una carga moral y económica insostenible para quienes se ocupan de su ser querido. Entonces, llega el momento de tomar una decisión muy importante. Esta decisión solo puede ser tomada por el paciente, con base en la información que el médico le ha suministrado, de acuerdo con su enfermedad y desarrollo, así como con los posibles tratamientos o procedimientos que se le puedan realizar, además de sus consecuencias. Él debe elegir, encontrándose en pleno ejercicio de sus facultades mentales, y con base en su autonomía, si prolonga su vida al máximo posible, aunque eso implique dolor, o muere dignamente por medio de la eutanasia.

Si el paciente decide prolongar su vida es deber del médico estar presente en este proceso (TABOADA, 2000). Si, por el contrario, el paciente, agobiado y sintiendo que su calidad de vida no es digna y el pronóstico poco esperanzador, opta por recurrir a la eutanasia, quienes lo acompañan deben no solo respetar lo que decide, sino brindarle los mecanismos para su materialización.

Frente a la situación planteada, surge una herramienta muy importante: el consentimiento informado, pues permite al paciente manifestar su voluntad y tomar las decisiones que considere pertinentes, de acuerdo con las explicaciones brindadas por su médico. Este consentimiento garantiza que se efectúe su deseo y que no le recaiga coacción alguna al momento de decidir. Asegura que cada procedimiento que se le realice haya sido aprobado por él.

Prolongar la existencia o dejar de vivir son dos opciones que el paciente puede escoger en cualquier momento, teniendo presente las consecuencias que trae consigo cada una. Lo que el paciente decida, debe hacerlo de manera libre y autosuficiente, y una garantía de que eso ocurra es el consentimiento informado.

CAPÍTULO V

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO PARTE DE LA EUTANASIA RESPECTO AL MÉDICO, EL PACIENTE Y EN CASOS DE EUTANASIA PRECOZ

El consentimiento informado como parte del acto médico implica una situación cuyo incumplimiento genera una responsabilidad, constituyéndose ello en una de las aportaciones máximas del derecho a la medicina. En efecto, este se concibe como un derecho del cual solo el paciente es titular, que además es revocable sin formalidad alguna. Así, la validez del consentimiento se extiende hasta donde llega la información y es una exigencia para llevar a cabo la actividad médico-quirúrgica curativa y los procedimientos exploratorios o terapéuticos invasores (GALÁN, 1999).

Cuando el paciente toma una decisión debe actuar de manera autónoma y competente; pero, en esta decisión influye la información que ha recibido, de ahí que el consentimiento del enfermo al médico varíe según sea el caso. Por ende, las acciones del médico deben ir en torno al respeto por la autonomía del enfermo y así proporcionarle toda la información necesaria para que aquel decida en lo referente a su salud. Asimismo, para que el acto de consentir sea efectivo, el paciente debe comprender a plenitud su enfermedad, las alternativas médicas y las implicaciones que estas conllevan, además de contar con plena capacidad cognitiva (ISLAS y MUÑOZ, 2000).

Si se trata del consentimiento de un menor, la actuación de los representantes legales ha de ir dirigida a beneficiar la salud del representado, de tal forma que en aquellos eventos en los que el padre o tutor no permiten una actuación médica, el juez podrá suplir tal autorización (GALÁN, 1999). Igualmente:

Cuando el paciente se encuentra inconsciente y se hallase su vida en peligro, en tal forma que no fuere posible demorar la actuación

médica ante el riesgo patente de que se produjere su muerte o lesiones irreversibles, y no fuere posible localizar con la urgencia del caso a sus representantes legales o a sus familiares, el médico puede actuar lícitamente amparado por el estado de necesidad (GALÁN, 1999).

De acuerdo con MACÍAS (2006), la teoría del consentimiento informado consta de tres elementos: información completa, comprensión adecuada y ausencia de coacción. La información completa consiste en que el médico debe suministrar al paciente una información en suficiente cantidad, adecuada y veraz, que le permita comprender el alcance y consecuencia de sus decisiones.

Por otra parte, la comprensión consiste en que el enfermo entienda la información que se le está comunicando, en función a su inteligencia, razonamiento, madurez y lenguaje. Por último, la ausencia de coacción o voluntariedad pretende que el individuo tenga la posibilidad de decidir si desea o no que se le realice un determinado tratamiento o procedimiento médico. En dicha decisión no puede existir una presión, la información debe, de manera anticipada, ser adecuadamente elaborada.

La práctica médica requiere tener como primordial el bienestar del paciente y su respeto, considerando que él cuenta con la autonomía suficiente para tomar las decisiones que mejor estime para sí. Por eso, la importancia del consentimiento informado radica en que facilita al paciente manifestar su voluntad, de acuerdo con la información que un médico le ha proporcionado. Así, puede tomar mejores decisiones, con fundamento en el conocimiento médico, pero, más importante, basándose en su criterio.

El consentimiento informado como parte de la eutanasia en el acto médico precisa ser voluntario, informado y persistente. Quien solicita la eutanasia al médico debe proporcionarle dicho consentimiento de manera expresa, esto es, por escrito y teniendo la plena capacidad —es decir no encontrarse en un estado de incapacidad relativa o absoluta— para ejercer dicho derecho. En caso contrario, se trataría de una eutanasia involuntaria o no consentida.

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO RESPECTO A LA POSICIÓN DE GARANTE DEL MÉDICO

Para analizar el rol del profesional de la medicina respecto al consentimiento informado en la eutanasia, consideramos como un punto

de partida válido plantearnos este consentimiento como eximente de responsabilidad derivada del homicidio que el médico comete al practicar este procedimiento, siempre y cuando se trate de eutanasia activa directa, y a solicitud del paciente que padece una enfermedad incurable, aunque no terminal. Para poder llevar a cabo este análisis debemos remitirnos a la aproximación que realizan CANTILLO y BULA (2017), donde la acción, omisión y posición de garante del galeno concurren.

A continuación, realizaremos un examen del consentimiento informado como parte de la eutanasia activa desde el panorama que se presenta para el médico. Para ello, es preciso delimitar la eutanasia activa respecto de la pasiva, siendo esta —la eutanasia pasiva— la que se traduce en el acto de omisión de medidas sin un fin terapéutico o curativo para prolongar la vida del paciente. La eutanasia activa, a su vez se divide en dos tipos:

La activa indirecta consiste en la actuación dirigida a intentar neutralizar los padecimientos vinculados a un proceso de muerte, dolor, disnea, ansiedad, aun a costa de acortar la vida del sufriente en la que se incluyen los denominados cuidados paliativos del dolor [...]. La activa directa es la que únicamente tendría que ser considerada como la verdadera “eutanasia” [...] pues consiste en la eliminación deliberada de la persona humana a petición (SILVA, 2004, p. 1245).

En este sentido, al fijar el norte en la eutanasia activa directa para analizar el rol del profesional de la salud, lo que se hace es poner de relieve que el paciente es quien solicita expresamente a un tercero, en este caso al médico, la terminación de su vida; siendo este quien pese a ello tiene la obligación de asumir una posición de garante del interés jurídico tutelado, como lo es la vida. Por lo anterior, CANTILLO y BULA (2017) aciertan en afirmar que, al tratarse de eutanasia en términos genéricos y salvo que se establezca lo contrario, se hace referencia a la eutanasia activa directa.

Ahora bien, si de dimensionar las consideraciones que podría tener el galeno se trata, son varios los argumentos que este podría presentar en su defensa ante un juicio por homicidio (asistido), o como una simple justificación de esta práctica, dentro de su convicción o motivación para practicarla.

Estos pueden ir —siguiendo una lógica utilitarista— desde liberar recursos médicos que se invierten en un paciente sin esperanza de vida, o simplemente como parte de su libertad de elección, hasta el proporcionar al paciente una manera rápida y humana de aliviar un

dolor extremo y en muchos casos intratable, como solución o forma de alivio permanente, si ello afecta la calidad de vida de un paciente terminal —en este último supuesto, desde una perspectiva subjetiva o de libre apreciación del médico, según su sistema de valores y creencias—.

En el evento anterior, sin omitir que la eutanasia es una forma de devaluar la vida humana a partir de la subjetividad de un ser humano o desde la instrumentalidad que implica el convertir esta práctica en un medio de atención de los pacientes, dentro de una estrategia de contención de costes. De hecho, siguiendo esta lógica y en este punto de la discusión, deben mencionarse las prácticas que realizan los médicos como las posibles alternativas que se tendrían a la puesta en fin del sufrimiento ocasionado por una enfermedad.

Se encuentra, en primer lugar, el suicidio asistido por el médico con el acto de proveer todos los medios necesarios para propiciar la muerte del paciente, usualmente bajo prescripción médica. En este caso es el paciente, no el galeno, quien en última instancia se administra —por su cuenta, o con la ayuda de un tercero, distinto al médico— el medicamento o conjunto de medicamentos que le ocasionarán la muerte. Recordemos que, en la eutanasia es el médico quien actúa directamente para poner fin a la vida del paciente.

En segundo lugar, está la sedación terminal como la práctica de sedar a un paciente que, encontrándose en su plena capacidad mental, llega a un estado de inconsciencia como resultado de los medicamentos que le son proveídos por el profesional de la salud para dicha finalidad. El paciente se encontrará pues en un estado de vulnerabilidad, pudiendo fallecer a causa su enfermedad, de deshidratación o hambre.

En tercer lugar, el galeno puede suministrar medicamentos para el dolor con el objetivo de acelerar la muerte, ya que los efectos secundarios de estos generalmente ocasionan fallos hepáticos, renales o respiratorios. En cuarto y último lugar, nos referimos al acto médico de retirar cualquier medicamento o aparato utilizado para darle sustento vital al paciente. Cuando, bajo este supuesto, el paciente de forma autónoma y expresa adopta la decisión informada de rechazar cualquier soporte que le mantiene con vida, es el facultativo el encargado de ordenar tal retirada.

Es por lo anterior que, a razón de su profesión, el médico, como sujeto que actúa directa o indirectamente en las formas previstas para terminar la vida de una persona, tiene un deber moral y la obligación de brindar al

paciente toda la información necesaria para que la decisión que este adopte sea libre e informada y que, acompañada con su voluntad manifiesta, tome en cuenta también las consecuencias médicas que derivan de tal actuar.

Para la Corte Constitucional:

[...] Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquel es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados, pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento (Corte Constitucional, Sentencia T- 477, 1995).

Dicho de otro modo por este Alto Tribunal, en la citada sentencia, se trata de “*un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor*”, en tanto del consentimiento informado se deriva la existencia misma como una libertad de elegir, como el derecho a ser libre, a permitirle al ciudadano tomar en sus manos su propio “devenir existencial” con autonomía, independencia y autodeterminación, que al proyectarse como derecho –en alusión al derecho de autodeterminación– le exige al médico comprender que el paciente tiene la potestad de aceptar o rechazar un tratamiento prescrito.

Máxime si este tratamiento médico está justificado en la eliminación del sufrimiento o en la prolongación –muchas veces innecesaria– de la vida, cuando existe, por ejemplo, una muerte cerebral. Los defensores de la eutanasia y del suicidio asistido insisten al respecto en que poner fin al sufrimiento o decidir no prolongar la vida en eventos como el mencionado justifica la permisividad con este tipo de prácticas. Sin embargo, como bien lo señalan POST (1996), no en todos los casos el suicidio es el alivio al dolor.

En efecto, los cuidados paliativos, en tanto disciplina médica especializada en tratar el dolor, cuentan con importantes avances, a tal punto de poder afirmar que en la gran mayoría de casos este puede ser controlado con el tratamiento adecuado. Así lo ha descrito el Worldwide Palliative Care Alliance (2014).

La Corte Constitucional, en sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014, al referirse a la dignidad del paciente –particularmente

a la dignidad como derecho—, y a la necesidad de salvaguardarla a través de la eutanasia, ha considerado que debe ser el médico el sujeto encargado de practicarla, por ser quien tiene la potestad de informar al paciente de forma apropiada y quien cuenta con la capacidad de ofrecerle los medios necesarios para una muerte digna. Al respecto, resulta cuanto menos relevante que por tratarse de un interés jurídicamente tutelado como lo es la vida, aquel que

[...] Vaya a disponer de ella debe entender plenamente lo que le están realizando y que la eutanasia se debe realizar respetando la dignidad humana del sujeto pasivo, y para ello es necesario hablar de la intervención del médico. En consonancia, se colige que el galeno estaría dentro de la causal de ausencia de responsabilidad penal consignada en el numeral segundo del artículo 32 del Código Penal colombiano y referida al consentimiento del sujeto pasivo (CANTILLO y BULA, 2017, p. 36).

Para el caso en concreto, esta causal sitúa al médico en un escenario de ausencia de responsabilidad penal, siempre que el paciente consienta expresamente la conducta del médico como sujeto activo de la eutanasia.

Con todo, las preocupaciones legítimas que no se deben dejar a un lado giran en torno a las consecuencias sistémicas del supuesto de ausencia de responsabilidad penal cuando existen siempre otras alternativas terapéuticas y de tratamiento para el paciente. Autores como GRACIA (1998) sostienen al respecto que cuando el médico actúa como sujeto activo de la eutanasia, su intervención no solo no es viable, sino apartada de cualquier consideración bioética; máxime si se omite que el ciclo de vida de una persona —desde la óptica de HARRIS (2003)— pasa a través de un número de etapas de diferente significado moral, moviéndose gradualmente de ser un ser humano “potencial” a una “persona real” solo hasta que este llega a ser capaz de valorar su propia existencia.

Y es que concebir a este ser humano potencial que no valora su propia existencia es el equivalente a admitir la existencia de lo que JAKOBS (1998) denomina “muerte irracional”. Empero, si resulta ser racional el deseo de morir de una persona, concluye ROXIN (2001), su derecho de autodeterminación basado en la libertad de decidir morir dignamente deberá entonces respetarse, al estar ello fundamentado objetivamente. La racionalidad entonces es el sustento de la objetividad como fundamento del Derecho a morir dignamente.

En últimas, la decisión de optar por la eutanasia como una solución para poner fin al sufrimiento propio es, en esencia, un asunto de creencia personal, pudiendo asumirse –o no– como una posición absoluta. Algunos galenos apoyarán algunas formas de terminación del sufrimiento del paciente, como la eutanasia voluntaria pasiva, mientras otros rechazarán otras formas más activas de terminación de dicho sufrimiento, como la eutanasia directa misma. Desde la óptica del Estado, como regulador de la conducta de la sociedad, nuestra postura es que este, a través de sus instituciones, deberá promover la comprensión de todas las implicaciones, así como el debate público, antes de asumir una posición determinada frente a la eutanasia.

Retomando a ROXIN (2001), con el compromiso existente de parte del médico de llevar a cabo una actividad curativa en su quehacer, coexiste *“el tabú que rodea a la muerte, temores difusos a una admisión indiscriminada de estas conductas, así como el recuerdo del denominado programa eutanásico de la época nazi, constituyen barreras demasiado poderosas para dar un paso de estas características”*. Así, el galeno que cometiese homicidio por piedad no actuaría antijurídicamente cuando el paciente le solicite de manera expresa cometer la acción homicida, y siempre que este hubiera realizado una reflexión libre, previa e informada, además de madura, en pleno uso de sus capacidades intelectuales.

Y aunque este autor contempla la existencia de lo anterior como supuestos de exclusión de antijuricidad, *“cuando ha sido documentada por escrito y motivadamente tanto por el médico que lleva a cabo la acción homicida, como por otro especialista adicional”*, su postura toma como punto de partida el interés que tenga el paciente en que cese los sufrimientos insoportables que le ocasiona la enfermedad, siendo una muerte digna la alternativa.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO RESPECTO AL PACIENTE COMO SUJETO DE DERECHO

El respeto por el ser humano y por la vida constituye un valor intrínseco a cualquier aproximación ética sobre las personas. Se trata de una aproximación que sitúa al ser humano en un estatus de importancia moral, donde la vida como condición *sine qua non* para su desarrollo es inviolable. No nos cabe duda acerca de que existan

diferencias sobre los distintos puntos de vista, y sobre lo que se puede definir como una persona, más aún, cuando se determina el momento en el que las personas comienzan y dejan de existir.

Por su parte, el respeto por la dignidad de las personas, entendido como principio moral, establece las formas en que para la sociedad es apropiado comportarse hacia aquellos que importan moralmente. Es tratar a los demás de manera moralmente apropiada, aun cuando esta obligación desconozca implicaciones respecto a valores morales supremos que para otros individuos pueden existir, y que devienen de la religión, de un sistema de creencias propias o simplemente de la forma de entender el mundo que les rodea. En definitiva, el respeto a las personas exige de la sociedad el reconocimiento de la dignidad y de la vida como dos derechos de orden superior.

Situando la mirada sobre el paciente, tal y como lo hemos analizado hasta ahora, vemos que este tiene varias opciones para dar por terminado el sufrimiento de forma activa. Estas alternativas, que en ordenamientos normativos de países como Australia se encuentran reguladas por disposiciones de suicidio asistido compiladas en la Ley de Enfermedades Terminales de 1995, se ajustan a una práctica de eutanasia voluntaria activa que implica un acto letal o un asesinato por piedad.

El caso australiano resulta ciertamente uno muy interesante para abordar el consentimiento informado desde el punto de vista del paciente, pues en este país los debates han girado en torno al concepto de la “sacramentalidad de la vida” frente a la autonomía personal y porque además el rol del médico y las distintas prácticas para poner fin a la vida en la fase de cuidados paliativos pueden coexistir con un régimen activo del paciente en el caso de la eutanasia voluntaria (CORDNER, 1995).

Es más, se contempla que todos aquellos terceros, además del médico, participen dentro del proceso —como ocurre por ejemplo en Suiza—, siempre que el paciente otorgue su consentimiento informado para tales efectos. Al final de esta experiencia resulta cuanto menos válido extraer que es el paciente quien debe tener presente, de manera previa e informada al expresar su consentimiento, cuáles son los terceros intervendrán.

Por otro lado, cuando un particular que sin ser médico asiste a un enfermo terminal para poner fin de su vida, surge la cuestión de si esto podría considerarse como un homicidio cometido mediante

comportamiento activo, siendo por tanto un homicidio a petición punible. En tal sentido, ROXIN trae a colación el siguiente caso:

Un ejemplo vivo lo suministra la sentencia del Tribunal de Ravensburg del año 1987. En este supuesto, un hombre cuidaba a su mujer enferma que padecía una parálisis progresiva. Finalmente, fue ingresada moribunda en un hospital donde fue conectada a un aparato de respiración artificial. Ella experimentó esta circunstancia como un “tormento insoportable” y en “pleno uso de sus facultades mentales”, tal y como dijo, con ayuda de una máquina de escribir eléctrica especial con la que únicamente podía hacerse entender, hizo la siguiente declaración: “Quiero morir porque mi situación es ya insoportable. Cuanto más rápido mejor. Lo deseo de todo corazón”. De acuerdo con ello el marido, que permanecía en la habitación del hospital, desconectó el aparato aprovechando un momento de despiste, y cuidó de la mujer hasta que en una hora le sobrevino la muerte a causa de un paro cardíaco (ROXIN, 2001).

Para este autor, es claro que, de haberse enjuiciado este caso como homicidio cometido a través de un comportamiento activo, habría en efecto existido uno a petición punible en los términos del § 216 StGB, mientras que si, por el contrario, *“considerada la interrupción técnica del tratamiento como una eutanasia pasiva aplicada con la aprobación del paciente, el marido queda impune”*, no queda duda de que esta última solución en cuanto al resultado coincidente con la aplicada, es la correcta. Así, *“no actúa antijurídicamente quien omite o interrumpe medidas que alargan la vida, siempre que el interesado así lo haya solicitado expresamente”*, siendo por tanto una solución ajustada y fundamentada sobre la base del derecho vigente (ROXIN, 2001).

En lo que a nosotros respecta, este tipo de escenarios y situaciones particulares ajenas al galeno deben estar fundamentadas en el consentimiento informado, sustentado en una legislación proactiva bien elaborada, que permita y regule la eutanasia voluntaria activa para proporcionar transparencia, seguridad jurídica, respeto por la voluntad del paciente y, sobre todo, protección a todos aquellos que puedan participar en estas prácticas.

El respeto por el derecho del paciente a morir dignamente pone de manifiesto que, a la hora de sentar una posición sobre la participación de terceros en los procesos voluntarios de eutanasia, se hace necesario reglamentar tales procesos como parte del cumplimiento de la obligación

del Estado de proteger al paciente contra las privaciones arbitrarias de la vida. Sin embargo, es preciso reconocer también que el cumplimiento de este deber sería propiamente una prohibición total del Estado a estas prácticas, en tanto vulneran el derecho a la vida, como interés superior.

El consentimiento informado en estas situaciones ostenta a su vez un rol importante. Proporciona certeza a todos los participantes en el proceso, incluidos los profesionales de la salud o familiares involucrados, al ofrecerles una serie de salvaguardias para garantizar que la decisión tomada sea voluntaria e informada (WOLHANDLER, 1983). En estos casos, el consentimiento es una salvaguardia que tiene por objeto reducir al mínimo el riesgo de privación arbitraria de la vida, además de conferir a las personas el derecho a controlar sus opciones de fin de vida de manera coherente con su sistema de valores y creencias.

Otra dimensión que adquiere el consentimiento informado para el paciente se trata de una meramente instrumental, al convertirse en el mecanismo que se le otorga al paciente por excelencia para hacer valer su derecho a la dignidad humana desde el respeto a su autonomía, y la obligación que tiene el Estado de velar por el bienestar de sus ciudadanos.

Autores como HARRIS (2003) sugieren que el respeto por la autonomía y el bienestar son elementos cruciales para abordar cualquier concepción de respeto a las personas. La autonomía, entendida como el valor traducido en la capacidad de elegir y tener la libertad, que nos permite adoptar nuestras propias elecciones, decisiones y preferencias, permitiéndonos desarrollarnos y comprendernos a nosotros mismos como seres humanos. El bienestar, por otro lado, como un interés tutelable por el Estado, que implica el reconocimiento de unas condiciones mínimas en términos de salud, alimentación o movilidad.

Otro de los planteamientos de HARRIS (2003), con el cual coincidimos, es que cuando el paciente expresa su consentimiento informado, lejos de valerse simplemente de un instrumento, lo que en realidad hace es validar ante el ordenamiento jurídico la decisión de dar por terminada su vida, acompañándola con sus objetivos, creencias y valores.

Para CANTILLO y BULA (2017), desde la óptica constitucional, el consentimiento informado se ajusta al supuesto en el cual resulta constitucionalmente loable y justificable que la dignidad sea un principio de mayor relevancia que la vida, únicamente en aquellos casos en que el paciente con una enfermedad incurable no terminal

tenga grandes sufrimientos, y ello resulte incompatible con su concepción de vida digna. Sobre este punto, sostienen que:

[...] La delimitación constitucional que tiene la vida como principio en ese caso concreto permite inferir que la construcción del bien jurídico protegido por los delitos contra la vida—más precisamente del homicidio por piedad y la ayuda o inducción al suicidio— está delimitada por la Constitución, pues aquellos no abarcan los siguientes casos: 1. Cuando sea una enfermedad grave e incurable en etapa terminal y el paciente solicite al médico que le aplique la eutanasia, a raíz de lo establecido al hacer un análisis desde el pluralismo; 2. Cuando sea una enfermedad incurable en etapa no terminal que cause grandes sufrimientos y el paciente solicite al médico que le aplique la eutanasia (CANTILLO y BULA, 2017, p. 37).

Con la colisión de principios entre la vida y la dignidad que podría —a nuestro juicio y el de los autores citados— verse menguada por causa de la inminencia de la muerte, situándola en una posición de inferioridad en el ejercicio de ponderación al recibir “una grave afectación que hace prevalecer a la vida, por lo que es jurídicamente viable permitir al médico practicar la eutanasia a un paciente con una enfermedad incurable no terminal para concluir con su sufrimiento” (CANTILLO y BULA, 2017, p. 38), siendo atípica la conducta del médico por el consentimiento informado del paciente sobre un bien jurídico que en este supuesto resulta disponible.

3. EL PROTOCOLO DE GRONINGEN Y LA AUSENCIA DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASOS DE EUTANASIA PRECOZ

Si asumimos como un principio básico e irrefutable en materia de eutanasia que solo decide el paciente, entonces resultaría inadmisibles realizar el procedimiento en contra de su voluntad. Por tanto, ROXIN plantea (2001) que:

Si alguien con motivo de un proceso canceroso rehúsa una operación que le alarga la vida, esta no debe llevarse a efecto. A menudo sucede que personas ancianas y enfermas que están al borde de la muerte rechazan un tratamiento en la unidad de cuidados intensivos en el que aquella no tardaría en llegar.

Se trata de circunstancias que deben ser respetadas.

En efecto, la voluntad del paciente resulta decisiva inclusive si desde un juicio objetivo, o si desde distintos enfoques, aquella es irresponsable, “[...] aun cuando una madre con cuatro hijos por motivos religiosos prohíbe a los médicos que le practiquen una transfusión sanguínea que puede salvarle la vida, aquellos deben inclinarse por dejar morir a la mujer” (ROXIN, 2001, s. p.). Así, pues, la frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune depende de la existencia de una omisión en sentido jurídico que, al apoyarse en el consentimiento informado del paciente, sea acogida como criterio de exención de responsabilidad penal.

La situación particular de los recién nacidos frente a la imposibilidad de expresar su consentimiento no es una cuestión ajena al derecho. El Protocolo de Groningen permite la eutanasia de recién nacidos gravemente enfermos con un pronóstico desfavorable o condiciones de sufrimiento insoportable. La justificación que hasta este punto hemos manejado sobre la eutanasia activa en un paciente adulto se sustenta en el concepto de la autonomía. Esta justificación se encuentra evidentemente ausente en el supuesto de la eutanasia precoz, pues el procedimiento claramente vulnera la autonomía del niño.

Cuando se desarrollaron los diversos protocolos para la eutanasia en adultos, una de las principales críticas de sus detractores tuvo el argumento de la “pendiente resbaladiza”, pues se temía que, desde el consentimiento informado expresado por el paciente en casos de eutanasia activa, tarde o temprano ello condujera a la práctica de la eutanasia en pacientes, cuyo consentimiento informado no se ajustara con los criterios exigidos. Así se confirma en el caso de la experiencia en los Países Bajos con el protocolo, donde una gran parte de los procedimientos de eutanasia, tanto en adultos como en niños, no se ajusta a las directrices promulgadas al inicio del programa de eutanasia (VERHAGEN y SAUER, 2005).

De hecho, según se desprende del análisis efectuado por VERHAGEN y SAUER (2005), solo un pequeño número de casos de eutanasia de recién nacidos se informó a las autoridades, lo que les permite determinar la medida en que los médicos holandeses violan sus propios criterios. Sobre este punto, JOTKOWITZ y GLICK (2006) concuerdan con las motivaciones con las que se emitió el protocolo, aunque no obstante evidencian que es muy difícil sopesar el elemento de calidad de vida en la voluntad de vivir del recién nacido.

Y, más aún, si se ha cruzado una línea importante al poner de plano la aceptación de la comunidad médica internacional a este tipo de eutanasia activa, mostrando también su preocupación por la extensión de esta política a otros grupos de riesgo. Además, de la indeterminación existente que haría prevalecer los prejuicios de padres de familia y médicos, con los que pudiesen sustentar la decisión de aplicar el procedimiento.

Para ROXIN (2001), únicamente se admitiría la posibilidad de dar por terminada la vida de un recién nacido, si al interrumpir un tratamiento hubiese una necesidad justificada, bien porque el neonato se encuentre gravemente afectado en su salud por los daños ocasionados por la afección, o bien porque la afección misma no le permita alcanzar un estado de conciencia.

[...] Únicamente debe depender de lo que mejor se corresponda con el interés del recién nacido, según la mejor conciencia y saber. En esta ponderación también debe ser incluida la interrupción del tratamiento por los padres. Además, se debe tener claro al respecto que una decisión a favor de la conservación de la vida del recién nacido gravemente impedido, únicamente es posible en la medida en que la colectividad esté también dispuesta a corresponsabilizarse de las cargas originarias que se derivan de ello y, de este modo, facilitar sin destrozársela una vida de los padres con tales niños (ROXIN, 2001).

Desde una aproximación bioética, coincidimos con autores como MANNINEN (2006), KODISH (2008), JOTKOWITZ y GLICK (2006) en que no resulta moralmente permisible que los padres del recién nacido otorguen un consentimiento informado. Desde una aproximación jurídica, habrá casos en los que, de haberse expresado, este debe invalidarse si están actuando claramente en contra del interés superior del niño. Y más, si existe un claro potencial de que la decisión sea sesgada, por ejemplo, por las dificultades emocionales o económicas, que impliquen una inestabilidad a largo plazo, cuando el niño resulta gravemente discapacitado por la afección.

Pero el que sea el principal problema a desarrollar es lo que puede entenderse por idoneidad del consentimiento informado de los padres sobre su hijo no nacido. Si bien, los padres pueden adoptar una decisión, confiando en médicos que pueden hacer una proyección objetiva futura, lo cierto es que no deja de ser una proyección basada en un hecho incierto, y la comprensión que puedan tener los padres, no deja tampoco de ser una comprensión subjetiva.

Ahora, si el único criterio para poner fin a la vida de los recién nacidos es su mala calidad de vida, surgen para JOTKOWITZ y GLICK (2006) interrogantes como: ¿Quién dio a los médicos el derecho de determinar la calidad de vida y practicar la eutanasia sobre esa base? Es más que comprensible que los recién nacidos y menores de edad en sus primeras etapas de crecimiento necesitan ser protegidos por una sociedad, independientemente de su condición médica. No hay justificación, según estos autores, para extender esa política a los niños que sufren. En su opinión, el protocolo de Groningen es moral y éticamente inaceptable y debe ser rechazado por la comunidad médica internacional.

En lo que a nosotros respecta, de replicarse este protocolo en otros países como Colombia, tras aceptarse la eutanasia en los recién nacidos, el problema principal recaerá en que ningún protocolo podrá, por muy detallado que sea o por muchos –y muy rigurosos– controles que contemple, mitigar el impacto de un acto inaceptable desde la bioética; reprochable por la sociedad, dado que no contempla los distintos sesgos; y jurídicamente inválido ante la ausencia de un consentimiento informado, pues la mera proyección objetiva de calidad y expectativa de vida realizada por un médico no puede ser una proyección basada en la incertidumbre.

REFERENCIAS

- ALDUNATE, E. (2005). La colisión de derechos fundamentales. *Derecho y Humanidades*, 11, 69-78.
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BIONDO, C.; SILVA, M.; y SECCO, L. (2009). Dysthanasia, euthanasia, orthotanasia: the perceptions of nurses working in intensive care units and care implications. *Revista Latinoamericana de Enfermagem*, 17(5), 613-619.
- CANTILLO, J. y BULA, A. (2017). Eutanasia activa directa y consentimiento del sujeto pasivo como eximente de responsabilidad penal en eventos de enfermedades incurables no terminales. Una aproximación interdisciplinar desde el test de proporcionalidad en sentido estricto. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(1), 13-41.
- CASTAÑO, M. (2003). *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado: derivada de la administración y prestación de servicios de salud*. Bogotá: Temis.
- CORDNER, S. (1995). Reactions to Australian state's euthanasia law. *The Lancet*, 345(8964), 1561-1562.
- DUEÑAS, F. (2011). *El consentimiento informado en la actividad médica. Línea de investigación de responsabilidad médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- FERRAJOLI, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- GALÁN, J. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. *Rev Med Uruguay*, 15(1), 5-12.
- GALÁN, J. (2001). *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas.

- GRACIA, D. (1998). *Ética y vida: estudios de bioética*. Tomo III. Bogotá: El Búho.
- GUTIÉRREZ, C. (2001). La bioética ante la muerte. *Gaceta Médica de México*, 137(3), 269-276.
- HARRIS, J. (2003). Consent and end of life decisions. *Journal of Medical Ethics*, 29(1), 10-15.
- HERRERA, F. J. (2008). *Manual de responsabilidad médica*. Bogotá: Editorial Leyer.
- HODELÍN, R. (2012). El principio del doble efecto en la sedación a pacientes terminales. *Medisan*, 16(6), 949-959.
- JENS, W. y KÜNG, H. (1995). *Menschenwürdig Sterben.: Ein Plädoyer für Selbstverantwortung*. München: Piper Verlag GmbH.
- JOTKOWITZ, A. B. y GLICK, S. (2006). The Groningen protocol: another perspective. *Journal of Medical Ethics*, 32(3), 157-158.
- ISLAS SAUCILLO, M. y MUÑOZ CUEVAS, H. (2000). El consentimiento informado. Aspectos bioéticos. *Rev Med Hosp Gen Mex*, 63(4), 267-273.
- JAKOBS, J. (1998). Homicidio a petición, eutanasia y sistema penal. *Bayerische Akademie der Wissenschaften Conference Proceeding*, 1-25.
- KODISH, E. (2008). Paediatric ethics: a repudiation of the Groningen protocol. *The Lancet*, 371 (9616), 892-893.
- LORDA, P. S., CANTALEJO, I. M. B., MARTÍNEZ, F. J. A., GUTIÉRREZ, J. B., COUCEIRO, A., y ROBLES, P. H. (2008). Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras. *Calidad Asistencial*. 23(6), 271-85.
- MACÍAS, A. (2006). El consentimiento informado en Pediatría. *Revista Cubana de Pediatría*, 78(1), 1-6.
- MANNINEN, B. A. (2006). A case for justified non-voluntary active euthanasia: exploring the ethics of the Groningen Protocol. *Journal of Medical Ethics*, 32(11), 643-651.
- MANRIQUE, J. (2002) *Aspectos en responsabilidad médica*. Bogotá: Médico Legal.

- PÁNIKER, S. (1998) El Derecho a morir dignamente. *Anuario de Psicología*, 29(4): 83-90.
- PEREIRA, J. (2011). Legalizing euthanasia or assisted suicide: the illusion of safeguards and controls. *Current Oncology*, 18(2), 38-45.
- POST, L. F., BLUSTEIN, J., GORDON, E., y DUBLER, N. N. (1996). Pain: ethics, culture, and informed consent to relief. *The Journal of Law, Medicine y Ethics*, 24(4), 348-359.
- RANDALL F. y DOWNIE R. S. (1996). *Palliative Care Ethics. A Good Companion*. Oxford: Oxford Medical Publications.
- Reino de España. Tribunal Supremo. Sala Penal. STS 7118/1988.
- Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 7033/2000.
- Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 3896/2005.
- Reino de España, Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 1786/2006.
- Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 574/2010.
- Reino de España. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 5836/2010.
- Reino de España. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2078/2012.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de octubre de 1993), C.P. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Exp. 8148.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (14 de diciembre de 1993) C.P. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Exp. 7854.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (9 de Julio de 1993). C.P. URIBE ACOSTA, Julio Cesar. Exp. 7795.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de mayo de 1996), C.P. JARAMILLO BALLESTEROS, Jesús María. Exp.17866.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, (5 de diciembre de 2002), C.P. JARAMILLO BALLESTEROS, Jesús María. Exp.13546.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (13 de diciembre de 2004), C.P. RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán. Exp.14.722.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (3 de mayo de 2007), C.P. GIL BOTERO, Enrique. Exp. 16098.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (23 de junio de 2010), C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Exp. 19101.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P. ANGARITA BARÓN, Ciro.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 8 de febrero de 1993. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Bogotá: Gaceta Constitucional 1993.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-493 28 de octubre de 1993. M.P. BARRERA CARBONELL, Antonio.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994. M.P. BARRERA CARBONELL, Antonio.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, M.P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 12 de septiembre de 1994, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

República de Colombia. Corte Constitucionalm Sentencia T-411 del 19 de septiembre de 1994, M.P. NARANJO MESA, Vladimiro.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-513 del 21 de marzo de 1995. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-474 del 25 de septiembre de 1996. M.P. MORÓN DÍAZ, Fabio.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997. M.P. GAVIRIA DIAZ, Carlos.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-551 del 2 de agosto de 1999, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU-337 del 12 de mayo de 1999. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.

- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-444 del 10 de junio de 1999, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Sentencia Exp.T-209161.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-659 del 15 de agosto de 2002, M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Ines.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-1202 del 4 de septiembre de 2000. M.P. NARANJO MESA, Vladimiro. Bogotá: Gaceta Constitucional 2000.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-1025 del 27 de noviembre de 2002. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002. M. P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-823 del 4 de octubre de 2002. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Bogotá D.C.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-787 del 18 agosto de 2004. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Bogotá: Gaceta Constitucional 2004.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006. M.P. ARAUJO RENTERÍA, Jaime y Vargas Hernández, Clara Inés.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-492 del 29 de junio de 2006. M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-560 del 27 de julio de 2007. M.P. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-912 del 18 de septiembre de 2008. M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-388 del 28 de mayo de 2009. M.P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-900 del 30 de noviembre de 2011. M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014. M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-131 del 11 de marzo de 2014. M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-622 del 28 de agosto de 2014. M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio. Exp. T-4.335.550.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-476 del 1 de septiembre de 2016 M.P. GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-182 del 13 de abril de 2016. M.P. ORTIZ DELGADO, Gloria Stella.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-327 del 22 de junio de 2016. M.P. ORTIZ DELGADO, Gloria Stella.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-573 del 19 de octubre de 2016. M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-690 del 7 de diciembre de 2016. M.P. ROJAS RÍOS, Alberto.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (26 de septiembre de 1986) M.P. GÓMEZ URIBE, Héctor.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (30 de enero de 2001), M.P. José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ, Exp. 5507.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (diciembre 19 de 2005), M.P. MUNAR CADENA, Pedro Octavio. Exp. 5497.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (marzo 12 de 2010), M.P. DÍAZ RUEDA, Ruth Marina. Exp.0500131030092002-00111-01.

República de Colombia. Ministerio de Salud. ABECÉ sobre la Reglamentación del Derecho a Morir Dignamente. (s.f.). Recuperado el día 11 de septiembre de 2018 de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-muerte-anticipada.pdf>

República de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1216 de 2015

- RODRÍGUEZ, A. (2012). Aspectos Bioéticos de los Cuidados Paliativos. *Enfermería en Costa Rica*. 33(1), 32-40.
- ROXIN, C. (2001). Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Eutanasia y suicidio. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10(1), 1-38.
- RTE (2017) Regional Euthanasia Review Committees Annual Report 2017. Recuperado el día 27 de septiembre de 2018 de <https://www.euthanasiecommissie.nl/de-toetsingscommissies/uitspraken/jaarverslagen/2017/mei/17/jaarverslag-2017>
- SANDOVAL, J. (2007). Causales de ausencia de responsabilidad penal. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- SILVA, M. (2004). La dignidad de la persona y su proceso de muerte: la eutanasia. En J. LÓPEZ y J. ZUGALDIA (Eds.), *Dogmática y Ley Penal Libro Homenaje a Bacigalupo*, Tomo II, (pp. 1239-1252). Madrid: Marcial Pons.
- TABOADA, P. (2000). El derecho a morir con dignidad. *Acta Bioethica*, 6(1), 89-101.
- TWYXCROSS, R. (2000). Medicina paliativa: filosofía y consideraciones éticas. *Acta Bioethica*, 6(1), 27-46.
- VERHAGEN, E. y SAUER, P. J. (2005). The Groningen protocol—euthanasia in severely ill newborns. *New England Journal of Medicine*, 352(10), 959-962.
- WOLHANDLER, S. J. (1983). Voluntary active euthanasia for the terminally ill and the constitutional right to privacy. *Cornell L. Rev.*, 69, 363.
- Worldwide Palliative Care Alliance. (2014). *Global atlas of palliative care at the end of life*. London: Worldwide Palliative Care Alliance.

Esta obra se terminó de imprimir
el día 22 de agosto de 2019
con un tiraje de 1 a 500 ejemplares
en los talleres gráficos de
Grupo Editorial Ibáñez
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

El presente trabajo que se presenta al lector tiene por objetivo analizar en detalle las transformaciones que el nuevo marco constitucional introduce a la relación social que se traza entre un médico y su paciente. En este sentido, exponemos en detalle los resultados de la investigación que hacen referencia a las facetas que tienen lugar en el proceso del otorgamiento del consentimiento informado en el acto médico.

La relación social médico-paciente, bajo el marco de la Constitución Política de 1991 se ha ido transformando, no sólo por la mayor difusión del conocimiento técnico médico por redes como internet, donde los pacientes se involucran a profundidad con sus tratamientos, sino también por el proceso de atención del personal médico frente al paciente, proceso complejo y no ajeno a contradicciones, como también relevante la labor de los jueces constitucionales en el proceso de generar espacios de respeto a la dignidad humana.

Fragmento tomado de la Introducción a esta obra

ISBN: 978-958-791-074-2

